

Publicações da Escola da AGU

1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee volume 1

n. 21 setembro 2012 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 21	p. 1-316	setembro 2012
---------------------------------	----------	-------	----------	---------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Hélia Maria de Oliveira Betero	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

DIRETORA DA ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

VICE-DIRETOR

Filipo Bruno Silva Amorim

COORDENADORA GERAL

Nélida Maria de Brito Araújo

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Vládía Pompeu Silva
Juliana Sahione Mayrink Neiva
Filipo Bruno Silva Amorim

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glaucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano IV, n. 21, v. 1 (set. 2012).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação	7
Soluções de Conflitos Administrativos pelo Executivo: uma comparação da experiência brasileira e italiana <i>Solutions of the Administrative Disputes by the Executive: a comparison of brazilian and italian experience</i> <i>Adriana Maia Venturini</i> <i>Rômulo de Castro Souza Lima</i>	9
O princípio da Boa-Fé: interpretação e integração dos contratos no direito europeu e brasileiro <i>The Principle of Good Faith: interpretation and integration of contracts in european law and brazilian law</i> <i>Alessandra Matos de Araújo</i>	35
Incursões Sobre o Direito de Greve no Serviço Público – Análise Comparativa entre os Ordenamentos Italiano e Brasileiro <i>Incursions on the right to strike in the public service - comparative analysis between the jurisdictions italian and brazilian</i> <i>Ana Paula Sanzovo de Almeida Prado</i>	51
Considerações Acerca do Controle de Constitucionalidade no Brasil e na Itália <i>Considerations on the Judicial Review in the Brazil and Italy</i> <i>Anderson Franco</i> <i>Ronaldo Nascimento de Miranda</i>	65
A construção da Saúde na Itália e no Brasil: uma análise dos limites do direito à saúde à luz do princípio da integridade <i>Health building in Italy and in Brazil: an analysis of the limits of the right to health in the light of the principle of integrity</i> <i>Camilla Japiassu Dore</i>	87
A Força dos Precedentes – Uma Breve Análise no Direito Brasileiro e Italiano <i>The Power of Precedent – A Brief Review on Brazilian and Italian Law</i> <i>Carlos Henrique Araújo da Silva</i>	105

O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado por Danos Decorrentes de sua Violação. Comparação entre os Sistemas Europeu/Italiano e Interamericano/Brasileiro <i>The Fundamental Right to Reasonable Length-of-Proceedings and Liability of the State for Damages Arising From its Violation. Comparison Between European/Italian and Inter-American/Brazilian Systems</i> Erasto Villa-Verde Filho	117
Spending Review: submissão dos estados ao princípio da eficiência em tempos de globalização <i>Spending Review: submission of states to the principle of efficiency in times of globalization</i> Federico Biagioli.....	145
O Sistema de Tutela Jurisdicional da União Europeia <i>The Judicial System of the European Union</i> Felicía Carvalho Machado.....	165
Considerações sobre as Especificidades da Jurisdição Administrativa na Itália e a Influência do Direito Comunitário Europeu <i>Considerazioni sulle Particolarità della Giurisdizione Amministrativa in Italia e dell'Influenza del Diritto Comunitario Europeo</i> Isabela Cristina Pedrosa Bittencourt.....	187
Banco Central do Brasil, Banco da Itália e Banco Central Europeu: um exercício de comparação jurídica sobre as formas de atuação no âmbito do sistema financeiro <i>Central Bank of Brazil, Bank of Italy and European Central Bank: roles and functioning in the financial system</i> Marcel Mascarenhas dos Santos.....	213
Tribunais Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos. Tribunal Europeu de Direitos do Homem e a Corte Interamericana de Direitos Humanos <i>Courts of International Human Rights Protection. European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights</i> Marcelo Cavaletti de Souza Cruz	239
Considerações sobre o Sistema Normativo da União Europeia <i>Analysis of the Normative System of European Union</i> Marcelo Polo.....	257

A Aplicação Direta de Recursos Tributários por parte do
Contribuinte: um ensaio de imaginação institucional fiscal e de
direito comparado

*The direct application of tax resources by the taxpayer: a essay of institutional
imagination and comparative law*

Miquerlam Chaves Cavalcante.....281

A Advocacia-Geral da União e L'avvocatura Dello Stato: comparativo
Brasil X Itália

*The Attorney General's Office and L'Avvocatura dello Stato: Comparative
Brazil vs. Italy*

Vlândia Pompeu Silva.....297



APRESENTAÇÃO

Il Corso intensivo su “Fondamenti romanistici del diritto europeo: comparazione e armonizzazione”, svoltosi presso l’Università di Roma “Tor Vergata” per gli Avvocati di Stato del Brasile nel mese di luglio del 2012, si è prefisso lo scopo di realizzare, anche con finalità pratiche, un corso breve di alta formazione in materie giuridiche.

In particolare, il Corso ha approfondito le basi comuni degli ordinamenti giuridici europei, tendendo a valorizzare i processi di unificazione ed armonizzazione del diritto privato e commerciale. Le materie approfondite sono state, tra le altre, “Fondamenti romanistici del diritto europeo”, “Sistemi giuridici e comparazione”, “Mercati finanziari e regole giuridiche comuni”, “Diritto del lavoro in Europa”, “Diritto dell’Unione Europea”, “Diritto amministrativo e Diritto Europeo”.

Nell’ambito del Corso sono state realizzate delle esercitazioni di ricerca, che ora la ‘Revista da AGU’ ha deciso di pubblicare. La finalità delle esercitazioni gli Avvocati di Stato brasiliani è stata quella di mettere in pratica il modello di comparazione, in una prospettiva di dialogo e di confronto tra l’esperienza italiana o europea e l’esperienza brasiliana, nei vari settori d’interesse dei candidati.

Ne esce una raccolta di lavori che dimostra, a mio avviso, la proficuità del metodo e soprattutto la ricchezza di prospettive che può derivare da un confronto che non voglia disegnare genealogie, ma sia diretto a cogliere, nelle concrete differenze di operatività degli ordinamenti giuridici, l’ambito unitario dei problemi, a fronte di soluzioni differenziate e condizionate dai fattori immanenti ad ogni ordinamento giuridico.

In un quadro così delineato, nel quale la complessità del diritto assume tutta la sua forza arricchente e di superamento di modelli monolitici e sistematici così cari ai diritti nazionali, è forse possibile scorgere una cifra di fondo che accomuna gli ordinamenti giuridici europei e quelli latinoamericani, quella di una trama concettuale e di regole che affondano le loro radici nella comune base romanistica.

Riccardo Cardilli



SOLUÇÕES DE CONFLITOS ADMINISTRATIVOS PELO EXECUTIVO: UMA COMPARAÇÃO DA EXPERIENCIA BRASILEIRA E ITALIANA

*SOLUTIONS OF THE ADMINISTRATIVE DISPUTES BY THE
EXECUTIVE: A COMPARISON OF BRAZILIAN AND ITALIAN
EXPERIENCE*

*Adriana Maia Venturini
Procuradora Federal*

*Procuradora Regional Federal da 1ª. Região
Especialista em Direito Público pela Universidade Federal de Brasília*

*Rômulo de Castro Souza Lima
Procurador Federal*

*Subprocurador-chefe de Assuntos Societários e Regimes Especiais da PF/SUSEP
Especialista em Direito Público – UnB
Especialista em Direito Constitucional - UNISUL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Conselho de Estado Italiano; 1.1 História; 1.1.1 Primeira Fase; 1.1.2 Segunda Fase; 1.1.3 Terceira Fase; 1.1.4 Quarta Fase; 1.1.5 Atualmente; 1.2 Atuação; 2 A Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal; 2.1 Aporte Normativo; 2.2 Criação e Atribuições da CCAF; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da sobrecarga do Poder Judiciário como Instância Decisória e a necessidade da busca de meios para se dar efetividade aos direitos sociais com o devido controle das políticas públicas. Sabe-se que o julgamento das questões administrativas por um setor especializado, dentro ou fora do Poder Judiciário, certamente contribui para o aprimoramento das relações entre os Poderes e para o julgamento das questões administrativas. Aqui são apresentados o Conselho de Estado Italiano e a Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal Brasileira, institutos que, dentro do Poder Executivo, apresentam soluções mais eficientes aos conflitos envolvendo a Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Solução Administrativa de Conflitos. Conselho de Estado Italiano. A Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: This article deals with the overload of the judiciary as a decision-maker and the necessity of finding ways to give effect to social rights with proper control of public policies. It is known that the adjudication of administrative matters by a specialized sector, inside or outside the judiciary, certainly contributes to the improvement of relations between the Authority and for the adjudication of administrative matters. Here are presented the Italian State Council and the Chamber of Conciliation of the Brazilian Federal Public Administration, institutes, within the Executive, that have more efficient solutions to conflicts involving public administration.

KEYWORDS: Administrative Dispute Resolution. Italian State Council. Chamber of Conciliation of the Federal Public Administration. Attorney General of the Union.

INTRODUÇÃO

O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário tem sido um tema recorrente nas discussões jurídicas das organizações político-constitucionais do Ocidente. O estudo do limite desse controle demanda uma análise do princípio da separação dos poderes dentro do contexto do Estado Democrático de Direito.

A doutrina da separação dos poderes, verdadeiro princípio jurídico, inspirou a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, e a Constituição Americana, de 1787, ícones do constitucionalismo moderno, tornando-se indispensável para o exercício legítimo do poder nas democracias atuais.

Críticas ao racionalismo e liberalismo da concepção original da tripartição dos poderes, agravadas com as mudanças na configuração política e econômica da organização estatal decorrentes do surgimento dos direitos de segunda geração, os direitos sociais, levaram os Estados Modernos a realizarem uma releitura da doutrina da separação dos poderes.

Mas vale ressaltar que o modelo tripartite de governo com definição precisa de cada uma das funções estatais jamais pretendeu esgotar toda atividade em um único ramo do poder, a intenção original repousa na necessidade de contenção do poder e da garantia da liberdade política dos indivíduos.

Feito este parêntese, ainda é pertinente afirmar que a forma de organização institucional e procedimental clássica não consegue atender de forma eficiente as demandas exigidas em um contexto de transformações nos sistemas político, econômico, cultural e das comunicações, decorrente da interação de diversos ordenamentos nacionais, como consequência do fenômeno da globalização.

Nesse contexto o Judiciário passou a ocupar espaços antes destinados ao Legislativo e Executivo: a chamada judicialização da política. Como exemplo cita-se demarcação de área de reserva indígena¹ e distribuição de medicamentos², temas de competência originária dos Poderes Executivo e Legislativo.

O crescimento da importância do Poder Judiciário e a ampliação de suas funções não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Para a professora Alemã Ingeborg Maus existe uma transferência imagem

¹ STF – PET 3388, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgamento em 19.03.2009.

² Notícia –Estadão de 28/04/2011 - Os valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de alto custo aumentaram mais de 5.000% nos últimos seis anos. Foram gastos R\$ 2,24 milhões em 2005 contra R\$ 132,58 milhões em 2010. []

paterna para o representante do Estado, no que se refere à escolha do moralmente justo, com um “excesso de confiança” na personalidade justa do magistrado, a quem se delega o valor a ser seguido por determinada comunidade³.

Ocorre que ao invés de dar uma resposta às demandas sociais, essa sobrecarga do Poder Judiciário cria diversos problemas, pois como o crescimento das demandas não corresponde ao seu aperfeiçoamento institucional, a análise das ações ajuizadas deixa de pautar-se na qualitativa efetivação de direitos, para voltar-se a administração de quantidades.

Essa cultura da litigiosidade, presente tanto no Brasil quanto na Itália, acentua a necessidade da existência de mecanismos diferenciados para tratar as demandas de interesse da Administração Pública, que necessitam de uma resposta célere, premissa de qualquer administração, e que confira a devida atenção às peculiaridades que norteiam os atos Estatais, revestidos do interesse público que pretendem tutelar.

Nesse contexto que o Conselho de Estado Italiano e a Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal Brasileira - CCAF/AGU atuam com competência para buscar solução para os conflitos que envolvem a Administração.

1 CONSELHO DE ESTADO ITALIANO

1.1 HISTÓRIA

O Conselho de Estado Italiano completou 180 anos em 2011, sobrevivendo a seis diferentes estruturas constitucionais. Instituído no Reino da Sardenha, no período do Estado pré-constitucional, se manteve no Estado Parlamentar introduzido pelo Estatuto Albertino, tanto no período da Itália pré-unitária quanto na Itália unificada. Desenvolveu um papel importante tanto na vigência da constituição liberal democrática (final do século XIX e início do século XX) quanto no período fascista, sendo finalmente reconhecido como órgão de relevância constitucional da Constituição Republicana de 1948⁴.

3 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de M. Albuquerque. *Revista novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, nov. 2000.

4 CASSESE, Sabino. Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, set. 2011. p. 21.

1.1.1 PRIMEIRA FASE

O novo órgão, instituído em 1831, pelo jovem e reformador soberano, Carlo Alberto, nasceu com amplíssimos poderes. Presidido pelo próprio Rei, tratava de matérias administrativas e legislativas, incluindo o orçamento. Apenas as matérias relacionadas às relações exteriores, à guerra, à marinha e à administração geral da casa real estavam excluídas da sua competência.

Dessa forma os soberanos o tinham como “alto ufficio di moderatore del potere ministeriale della monarchia costituzionale”, ou seja, como o órgão superior e moderador do poder ministerial da monarquia constitucional⁵. Por isso foi chamado por juristas e historiadores de “órgão político” e de “o embrião do parlamento”. Nasceu certamente como um órgão paralelo ao executivo, este constituído pelos Ministérios, criando uma espécie de dualismo: Conselho de Estado – Ministérios.

Frise-se que ao desenvolver essa função formalmente consultiva e substancialmente de grande peso prático, nasceu com uma posição muito mais importante do que a de seu homônimo francês, trinta anos mais velho.

1.1.2 SEGUNDA FASE

No período liberal, iniciado em 1848, onde o poder da Coroa passou a ser limitado pelo bicameralismo parlamentar e pelos princípios da responsabilidade ministerial, o Conselho de Estado Italiano quase perdeu a razão de ser em função do naufrágio do absolutismo⁶, entrando, assim, em um período de sombras, onde a sua função ficou restrita a função consultiva em matérias administrativas e uma tímida função judicial em questões eclesiásticas.

1.1.3 TERCEIRA FASE

Apenas onze anos depois o Conselho de Estado Italiano passa a resgatar o seu papel como garantidor dos princípios, uniformidade e ordem no trato da coisa pública. Na legislação Rattazzi assume o papel de

5 VIDARI, Savino Pene Vidari. Origini del Consiglio di Stato e sua evoluzione in período albertino. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli Editore, setembro/2011. p.37-47.

6 PEZZANA, Aldo. Il Consigli di Stato nell'Italia preunitaria. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, set. 2011. p. 27-36.

depositário da tradição administrativa, sem, entretanto, pretender ser autor ou fiador dos atos que submetidos ao seu exame.

Em 1859 o Conselho de Estado Italiano manteve a sua competência para o consultivo administrativo (e eventualmente para o consultivo em matéria legislativa, quando requisitado), mas passa a ocupar novos espaços, ganhando competência consultiva para se manifestar nos conflitos entre as autoridades dos poderes executivo e judiciário.

E as suas novas atribuições foram além, pois com a supressão da Corte de Contas assumiu ainda a competência recursal e tornou-se o Supremo Tribunal de Contencioso Administrativo, com competência jurisdicional exclusiva para as contas públicas, minérios, pedreiras e usinas⁷.

Do ponto de vista organizacional se torna órgão de governo, não mais ligado ao Rei, prova disso é que os ministros podiam intervir nas sessões onde se desenvolviam o exercício da sua função consultiva e o Rei deixou de presidir o Conselho de Estado.

Se em seu nascedouro o Conselho de Estado Italiano era um órgão político vinculado ao Rei, nesta terceira fase assume uma faceta de terceiro, imparcial.

1.1.4 QUARTA FASE

A estabilidade mencionada durou pouco tempo, pois com a unificação italiana em 1865, inspirada no liberalismo inglês e francês, ganhou espaço a ideia de que o direito é único e que única deve ser a jurisdição, que uma justiça especializada serviria apenas para proteger privilégios da administração pública como instrumento de um déspota.

Assim se reduziu drasticamente a função jurisdicional do Conselho de Estado, com a consequente abolição do Contencioso Administrativo e com a afirmação de uma jurisdição única confiada ao Tribunal Ordinário⁸.

Apesar deste retrocesso se mantiveram as competências consultivas plena e contenciosas referentes às contas públicas (que não envolvessem questões entre os cidadãos e a administração) e, de forma surpreendente, se manteve a competência para se manifestar nos conflitos entre as autoridades administrativas e judiciárias, a qual só lhe

7 SANDULLI, Aldo. Il riordinamento del contenzioso amministrativo. Le leggi 30 ottobre 1859, nn. 3705, 03706, 3707 e 3708. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, set. 2011. p. 27-36.

8 POLICE, Aristide. La giurisdizione <própria> del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al c.p.a. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, set. 2011. p. 77-92.

foi subtraída 12 anos depois, em 1877, quando foi atribuída à Corte de Cassação⁹.

Alguns estudiosos acreditam que essa prorrogação na perda da função de julgar os conflitos de competência decorreu da preocupação dos revolucionários e pós revolucionários franceses de uma intervenção indevida do judiciário nas questões administrativas. Um indício disso é o fato de na França quem se manifesta nos conflitos entre a Justiça Administrativa e a Justiça Judiciária é um órgão misto, denominado Tribunal de Conflitos¹⁰.

Nesta fase, sem a função jurisdicional, o Conselho de Estado Italiano funcionava como verdadeiro colaborador dos Ministros, mas conseguiu, ao menos, se consolidar como órgão unitário, atuando em questões de toda Itália, agora unificada.

1.1.5 ATUALMENTE

Em 1889 uma Lei o consagrou como órgão jurisdicional, pois previu que fosse constituída no Conselho de Estado Italiano uma seção para a justiça administrativa. Tal fato decorreu da debilidade da justiça ordinária em julgar os cidadãos nos confrontos com a administração.

A partir daí e até os dias de hoje não houve nenhuma modificação substancial na sua função e competência.

Particularmente em 1907¹¹, a sua função jurisdicional se consolidou, foi reforçada e ampliada, principalmente na Idade Giolitti, onde se proliferaram os órgãos consultivos, com a consequente dispersão da função consultiva e seu enfraquecimento no Conselho de Estado.

Apenas a Constituição Italiana de 1948, ainda em vigor, a tratou do Conselho do Estado, o inserindo no Título III, Do Governo, na seção 3, referente à Administração Pública. Assim o definiu como órgão auxiliar do poder executivo, mas com independência do próprio conselho e de seus componentes frente ao governo.

Em 1971 a Justiça Administrativa do Conselho de Estado Italiano se aperfeiçoou, com a criação do tribunal de primeiro grau, de normas que

9 SCOCA, Franco Gaetano. Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877). In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli set. 2011. p. 93-130.

10 FREITAS, Wladimir Passos de. *Administração da Justiça*. A Justiça na França. Disponível em: <ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=170>. Acesso em: 06.08.2012.

11 TORCHIA, Luisa. L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la <carta giurisdizionale> del Consiglio di Stato. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli. set. 2011. p.177- 186.

asseguram a independência de seus componentes, quando em confronto com executivo, e com a reforma-codificação de seu procedimento¹².

1. 2 ATUAÇÃO

Devido a doutrina da tripartição dos poderes, originariamente, o único controle jurídico sobre os atos administrativos era o do vício de incompetência.

Apenas em 1864 a França, através de um decreto, avançou para possibilitar também o controle por excesso de poder. Se estabeleceu a possibilidade do administrado recorrer ao Conselho de Estado não só quanto à incompetência do agente público, mas também contra qualquer vício de abuso do poder. Assim se abriu o caminho para o início do controle de legalidade pelo Poder Judiciário dos atos públicos praticados pelo Poder Executivo.

Na Itália, essa competência para análise dos atos administrativos já nasceu, com a lei de 1889, mais ampla. Pois, diferentemente da França, o Conselho de Estado Italiano quando é consagrado órgão jurisdicional já passa a exercer sua competência para julgar atos ilegítimos, gênero que tem como espécies o próprio vício de competência; ao lado do abuso de poder e da própria violação a lei¹³.

Como mencionado anteriormente a sua atuação consultiva hoje é bem tímida e a grande produção jurídica do Conselho de Estado Italiano se volta para a solução de lides envolvendo o questionamento administrativo de atos públicos, onde particulares e o Estado não encontram o consenso quanto a aplicação e a produção de efeitos dos contratos públicos, funcionando como instancia recursal de decisões dos tribunais administrativos ou mesmo originariamente quando a administração é demandada (juízo de ottemperanza) para dar execução a uma sentença no processo administrativo, que não foi cumprida espontaneamente.

O grande aspecto benéfico da jurisdição administrativa é o fato de seus integrantes receberem formação específica em matéria administrativa, o que lhes capacita, sobremaneira, para o exercício dessa atividade complexa, com grande conhecimento de causa a respeito dos temas administrativos.

12 SCHINAIA, Mario Egidio. La legge 6 dicembre 1971, n.1034 (l'istituzione dei T.A.R) In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, set. 2011. p.429-440.

13 AIMO, Piero. Francesco Crispi e la riforma della giustizia amministrativa del 1889-1990. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, set. 2011.p.153-164.

2. CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL – CCAF

2.1. APORTE NORMATIVO

Antes de adentrar nas funções que foram dirigidas à CCAF, é importante percorrer o traçado histórico da legislação que deu suporte à sua criação, para que se possa entender o âmago de sua existência.

Acima de tudo, como não poderia ser diferente, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 131, cria a Advocacia-Geral da União e já aponta, de forma clara, a posição de destaque deste órgão na estrutura organizacional da União, destinando-lhe a função primacial de representá-la judicial e extrajudicialmente:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Em seguida, destaca-se, na escala hierárquico-normativa *kelseniana*, a previsão genérica da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73/93, que destina ao Advogado-Geral da União amplos poderes que possibilitam a ordenação da chamada *jurisprudência administrativa* no âmbito do Poder Executivo federal. Dessa maneira, cabe-lhe, em síntese, fixar todo o entendimento jurídico que deve ser observado em toda a Administração pública Federal, de modo que, a par de organizar o trabalho jurídico da União, remete à ideia de que não pode haver conflitos administrativos no quadrante acima apontado.

Vale destacar a figura do Parecer Normativo, o qual, cumpridos determinados requisitos, passa a ter força executiva de *lei* e cria obrigação de sua observância para toda a Administração Pública Federal.

Assim, veja-se:

Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

I - dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação;

[...]

X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;

XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar;

XVIII - editar e praticar os atos normativos ou não, inerentes a suas atribuições.

Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.

Ainda nesse quadrante, dois textos normativos são de extrema relevância como suporte legal para a criação da CCAF. O primeiro deles é a Lei 9.028/95, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, que, em seu art. 8º-C diz o seguinte:

Art.8º-C.O Advogado-Geral da União, na defesa dos interesses desta e em hipóteses as quais possam trazer reflexos de natureza econômica, ainda que indiretos, ao erário federal, poderá avocar, ou integrar e coordenar, os trabalhos a cargo de órgão jurídico de empresa pública ou sociedade de economia mista, a se desenvolverem em sede judicial ou extrajudicial. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Poderão ser cometidas, à Câmara competente da Advocacia-Geral da União, as funções de executar a integração e a coordenação previstas neste artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

Some-se a isso o art. 11 da própria Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, que estabelece o seguinte:

Art.11.Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração Federal indireta, ou entre tais entes e a União, os Ministros de Estado competentes solicitarão, de imediato, ao Presidente da República, a audiência da Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. Incumbirá ao Advogado-Geral da União adotar todas as providências necessárias a que se deslinde a controvérsia em sede administrativa.

Esse conjunto normativo é o que ofereceu a base para a criação de um órgão específico, no âmbito da AGU, com a missão de dirimir controvérsias entre entes da Administração Pública no âmbito federal.

2.2 CRIAÇÃO E ATRIBUIÇÕES DA CCAF

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF foi criada pela Portaria/AGU nº 1.281/2007, que lhe incumbiu a missão de dirimir as controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal.

Na topografia organizacional, a CCAF integra a Consultoria-Geral da União, que é um dos órgãos superiores da Advocacia-Geral da União (Ato Regimental nº 5/2007). Isso significa, pois, que, no Brasil, não se cuida de órgão do Poder Judiciário, tal como na Europa.

As atribuições da CCAF estão fixadas no art. 18º do Anexo I do Decreto Federal nº 7.392/2010 e são as seguintes:

Art.18.À Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete:

I-avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

II- requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;

III- dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses

e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios;

IV- buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;

V- promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;

VI- propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e

VII- orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

Diante desse quadro constitucional, legal e infralegal, é fácil perceber que a CCAF é a solução encontrada no Brasil para resolver controvérsias no âmbito do maior ente da Federação, que é a União. É um instrumento, portanto, de pacificação que traz como importantes resultados, *e.g.*, a uniformização do entendimento jurídico no âmbito da União e, reflexamente, a diminuição de demandas (desnecessárias) que envolvem pessoas jurídicas que pertencem ao mesmo ente federativo e que estão situadas no mesmo *Poder*:

Não sendo possível, neste breve estudo, aprofundar todos os pontos interessantes que envolvem a criação e o funcionamento da CCAF, destacam-se alguns para análise mais detida, ainda que de forma bastante concisa.

A) INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Ao falar em conciliação e arbitramento, significa que, no primeiro caso, uma das partes envolvidas, ou ambas, vai ceder parte de seus direitos para que a controvérsia chegue a um termo que satisfaça a todos os envolvidos. Deverá, pois, dispor de direitos ou interesses legítimos.

Na doutrina administrativista pátria, encontra-se, por exemplo, em BANDEIRA DE MELLO, a seguinte lição:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao

setor públicos –, não se encontram à livres disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de quelhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*¹⁴.

Surge, pois, o seguinte questionamento: quais são os limites da conciliação engendrada pela CCAF?

Em primeiro lugar, falar em “interesse público” sempre nos remete àquela já clássica noção de interesses públicos primários e secundários, como preconizada por ALESSI¹⁵. Assim, na medida em que a CCAF busca a eliminação de conflitos entre entes da União ou mesmo entre a União e outros entes federativos – aqui, por via de conciliação apenas –, já existe um interesse público latente, pois esse evento interessa a toda a coletividade pelo simples fato de evitar gastos desnecessários com processo e também a diminuição do congestionamento de demandas no Poder Judiciário.

Demais disso, a interpretação do que sejam “interesses públicos” traz em si um viés de subjetividade. Não há como delimitar, *a priori*, o que interesse e o que não interessa à coletividade (interesse público primário) quando há um litígio. É mais relevante considerar os interesses de forma *macro*, mas sempre como interesse da coletividade, tal como a interpretação acima ofertada.

E ainda há um outro ponto que merece comentários, que é o que diz respeito à disponibilidade de direitos patrimoniais. Demandas entre entes da União podem versar sobre os mais diversos objetos. Porém, dois deles devem ser mais comuns: os que tratam de conflitos de atribuições e os que envolvam algum interesse patrimonial. Nestes casos, naturalmente que a CCAF, órgão da AGU, poderá buscar um entendimento jurídico que, no caso, será o mais adequado para pôr fim ao conflito. E esse trabalho considerará, obviamente, os interesses envolvidos. Quer se trate de direitos disponíveis ou indisponíveis, o que se terá é um enquadramento normativo, uma interpretação jurídica final e superior – como cabe à AGU no âmbito federal – para solucionar a questão. Não há sequer discussão a respeito de disponibilidade ou não de direitos. Afinal, seja qual resultado for, o “melhor interesse” sempre estará nas mãos da União.

É interessante o ponto de vista MAIA NETO, que explica:

14 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 34.

15 ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1960.

Assim, como já assentado supra, essa questão não se coloca quando a CCAF veicula transação entre interesses meramente patrimoniais de dois entes públicos. A questão se afigura mais complexa, todavia, em relação à transação entre os entes públicos quando há direitos públicos indisponíveis em jogo.

Há uma diferença, todavia, entre a arbitragem privada (da Lei nº 9.307/2007) e o procedimento adotado pela CCAF/AGU. Na arbitragem privada, há uma substituição do árbitro ao Estado-juíz, que angulariza a relação entre as partes, que se contrapõem e submetem a questão jurídica existente entre elas, os pontos controvertidos, à decisão do árbitro. Assim, há ao menos esses três atores distintos: árbitro, parte 1 e parte 2.

No procedimento levado a cabo na CCAF/AGU, o cenário é bastante diverso do descrito no parágrafo anterior, relativo à arbitragem privada. Na CCAF, não há propriamente transação ou arbitragem, mas sim um procedimento especial de acerto da posição da União Federal em face de alguma questão. Explico.

À CCAF acorrem “partes da mesma pessoa” (os ministérios e demais órgãos da União) ou entidades vinculadas e subordinadas a essa mesma pessoa (autarquias e fundações públicas federais), frente a um “árbitro” que é agente também de órgão dessa mesma pessoa (membro da AGU, que atua como conciliador dos interesses em confronto, ambos submetidos à tutela da União direta ou indiretamente).

[...]

Por isso, entendo que não há na CCAF propriamente transação com relação a direitos públicos indisponíveis, mas verdadeiramente conflito aparente de normas (no exemplo, referente ao direito ambiental e ao direito do índio), que é solucionado através do procedimento estabelecido pela AGU¹⁶.

16 MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. Direitos públicos indisponíveis e transação pela Advocacia-Geral da União. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2470, 6 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14637>>. Acesso em: 16 set. 2012.

B) CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM: LIMITE DE ATUAÇÃO DA CCAF QUANDO PRESENTE OUTRO MEMBRO FEDERATIVO NO CONFLITO

Vale notar que a conciliação leva a cabo pela CCAF pode ser praticada entre todos os entes que compõem a administração direta ou indireta da União. Se todos os órgãos que pertencem a essa estrutura devem obediência ao que a Advocacia-Geral da União fixa em termos de interpretação jurídica, nada mais lógico que também lhe cabe – no caso, através da CCAF – compor os conflitos entre os mesmos entes.

Não obstante, o Decreto Federal nº 7.392/2010 prevê uma situação que deve ser analisada *cum grano salis*. Trata-se do já citado inciso III do art. 18, que diz que cabe à CCAF:

III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios.

As normas de procedimento, e sobretudo aquelas que preveem as competências das pessoas federativas, indicam que existe um limite nessa atuação da CCAF, sob pena de violação indevida de competência.

É que a conciliação, encontrado um bom termo entre os interessados, deve ser submetida à homologação por ato do Advogado-Geral da União. Não havendo essa sintonia de interesses, o assunto é submetido ao Consultor-Geral da União, a quem caberá elaborar parecer que terá o escopo de encontrar alguma solução para o dissenso. Esse parecer será avaliado pelo Advogado-Geral da União e, se for o caso, pela autoridade máxima da República. Isso quando estão envolvidos entes da União.

Quando a discussão se dá entre a União e Estados, Distrito Federal ou Municípios, não se abre a possibilidade de resolução pela via hierárquica. Dito de outra maneira, quando há acordo entre os interessados, a CCAF pode promover a conciliação. Todavia, quando não se abre espaço para um acordo entre as partes, a atuação da CCAF deve ser encerrada, uma vez que, diante de tais partes, não lhe é possível resolver a questão pela via do arbitramento. Aos interessados restará a via tradicional do Poder Judiciário.

C) O SISTEMA DE JURISDIÇÃO UNA ADOTADO PELA CRFB/88

O Brasil, por força do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, adota o chamado sistema de jurisdição una ou concentrada, já

que prevê que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

Segundo MEIRELLES:

O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido como sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de controle judicial, é aquele em que todos os litígios - de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados - são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário¹⁷.

Significa dizer que no Brasil, portanto, não existem Juízos ou Tribunais que lidem com o denominado *contencioso administrativo*. Tal afirmação, entretanto, deve ser lida no sentido de que não existem Juízos Administrativos e nem decisões definitivas e obrigatórias no seio do Poder Executivo.

Não obstante, a realidade identifica a existência de conflitos entre o Estado – membro entre membros que pertencem à mesma estrutura, como visto acima – ou entre este e os particulares.

Quando o conflito se dá entre pessoas jurídicas da União, já foi visto que a CCAF é o órgão que possui a atribuição de resolver o dissenso através de conciliação ou arbitramento. Quando o conflito de interesses ocorre entre o Estado e os particulares, instaura-se um contencioso administrativo, mas não nos moldes do que se vê na maioria dos países da Europa continental. O que se tem aqui é um caminho, na via administrativa, por meio de processo administrativo que segue os termos da Lei Geral do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), em que a administração procura julgar determinada pretensão de um particular. Existe decisão de primeira instância e previsão de revisão ou recurso contra a decisão primeira. Entretanto, mesmo a decisão final não escapa ao Poder Judiciário, se assim entenderem os interessados. Isso porque a decisão administrativa não possui as mesmas características da decisão judicial. Vale dizer, não se impõe com o peso da definitividade e obrigatoriedade.

Nesse ponto, é possível perceber que a CCAF, embora não seja um Tribunal Administrativo, aproxima-se do sistema de contencioso administrativo europeu, ainda que só atue no âmbito federal no Brasil. Suas conclusões não possuem a obrigatoriedade e definitividade especial, características que estão destinadas às decisões judiciais, mas não é descuido dizer que os entes envolvidos obrigam-se a atender

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

o que foi decidido. Haverá, sempre, a via Jurisdicional. Mas isso não significa que não haja força obrigatória no âmbito da União, o que, de resto, se vê em relação aos Enunciados e aos Pareceres Normativos fixados pela Advocacia-Geral da União.

A) POSIÇÃO JUDICIAL SOBRE A CCAF

Já é possível dizer que a jurisprudência dos Tribunais pátrios reconhece a importância dessa via especial de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública federal.

Como salientado acima, embora não seja um órgão do Poder Judiciário, a CCAF exerce verdadeiro papel jurisdicional, apenas não sendo, suas decisões, definitivas como as do Poder Judiciário. Mas este já percebe a importância da CCAF, pois, quando uma questão lhe é submetida a julgamento, adota a postura de aguardar a solução a ser enviada no âmbito da CCAF para, só então, promover o julgamento definitivo. Não custa dizer que isso é um forte sintoma de que julgará na linha do que a CCAF decidir.

Em caso emblemático, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal adotaram a conduta institucional destacada *supra*. Vejamos:

Decisão: O autor protocolou, em 10 de junho de 2011, agravo regimental após o indeferimento da medida liminar em decisão de 03 de junho de 2011, na qual se determinou, paralelamente, a citação da ré para apresentar defesa, postulando a reconsideração da decisão agravada ou, subsidiariamente, o julgamento colegiado da medida requerida.

Na sequência, a União apresentou contestação, aduzindo como justificativa para a improcedência do pedido (i) a inexistência de violação ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do processo administrativo, (ii) que as transferências voluntárias para os setores de saúde, educação e assistência social não seriam atingidas pelas interrupções de transferências voluntárias, nos termos do art. 25, § 3º, da LRF, (iii) e que inexistiriam irregularidades ou ilegalidades na inscrição do autor nos cadastros de inadimplência, notadamente diante da inaplicabilidade ao caso do princípio da intranscendência das sanções.

A seguir, nova petição foi protocolada pelo autor, na qual demonstrou a realização de medidas tendentes a reduzir as pendências

administrativas em que havia incorrido junto à Administração Federal. Na mesma petição foi narrada a iniciativa de buscar a solução consensual com a União a respeito das exigências remanescentes, através “das seguintes medidas: a) requerer ao Ministro da Previdência a assinatura de TAC (termo de ajustamento de conduta) com o objetivo de sanear a questão previdenciária; e b) requerer instauração de Câmara de Conciliação no âmbito da AGU com relação às demais pendências”. Contudo, asseverou o autor que ainda assim não haveria, segundo manifestação da União, perspectiva de subtração próxima dos impeditivos formais para a celebração de termos de repasses voluntários, ao fundamento de que “o Excelentíssimo Senhor Ministro Chefe da AGU informou ao Governador, que, com bastante otimismo, a assinatura e implementação do TAC levaria no mínimo 03 meses e as demais pendências, por envolver diversos órgãos do poder executivo, levariam mais tempo”. Requereu, ao final, a reconsideração do indeferimento da liminar, “determinando-se a suspensão dos efeitos das inscrições constantes dos sistemas CAUC/SIAFI/CADIN e em todo e qualquer sistema utilizado pela União Federal, oriundas da verificação de adimplência para a contratação do Empréstimo do BNDES e as transferências de recursos federais para o Estado do Amapá”.

Diante disso, foi determinada a oitiva da ré quanto às novas iniciativas adotadas pelo autor. Em petição de 03 de outubro de 2011 a União, inicialmente, reconheceu que “o Estado autor protocolou requerimentos junto à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), em 16.09.2011 (documentos anexos), solicitando análise acerca da viabilidade de conciliação no âmbito administrativo”. A seguir, asseverou que tais requerimentos “estão em fase de apreciação pela CCAF”, e que “estão sendo realizadas diligências no sentido de questionar os órgãos administrativos federais que celebraram convênios com o Estado do Amapá sobre o interesse em participar das tratativas conciliatórias”. Ao final, sustentou que “a situação recomenda a suspensão do curso do processo, na fase em que se encontra, até que sejam ultimadas as tratativas conciliatórias no âmbito da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)”.

Na sequência, manifestou-se o autor rejeitando a pretendida suspensão do feito, aduzindo que “o pedido de suspensão se mostra desproporcional, uma vez que, muito embora a União reconheça que

as pendências estão sendo negociadas, a requerida não suspende os efeitos da inscrição”. Asseverou, ademais, a presença de “imperativa necessidade de obtenção de medida liminar, até que as pendências encontram (sic) solução definitiva”.

É o relatório. Decido.

As providências administrativas realizadas pelo autor demonstram que houve substancial alteração do quadro fático subjacente à presente demanda. Como se infere das petições acima referidas, houve efetivo empenho, na exata medida do alcance do autor, em buscar o saneamento das irregularidades originalmente apontadas como óbice à celebração de acordos para transferência voluntária de recursos federais, no que se incluem as tentativas de submissão da controvérsia à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) e de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Ministério da Previdência.

Por sua vez, a manifestação da União não apontou qualquer justificativa capaz de rechaçar os novos fatos trazidos aos autos pelo autor, sem sequer mencionar a existência de outras pendências administrativas que eventualmente escapassem do âmbito das tratativas de conciliação em andamento. Limitou-se, ao contrário, a afirmar que a etapa embrionária do procedimento de conciliação deveria conduzir à suspensão do presente feito, medida que, como fundamentadamente apontado pelo autor, seria flagrantemente incapaz de tutelar o ponderável dano que a manutenção injustificada do Estado do Amapá nos cadastros federais poderia e pode acarretar à população ali situada, dependente das verbas para a concretização de políticas públicas.

Neste cenário, em que a cognição sumária inerente à tutela de urgência reclama a redistribuição dos ônus do tempo entre os sujeitos da relação processual conforme o progressivo grau de verossimilhança das alegações, impõe-se seja reconhecida razão à tese sustentada pelo autor, de vez que, no atual estado do processo, não restou apontado pela ré qualquer óbice formal que escape ao âmbito das negociações implementadas administrativamente.

Ex positis, reconsidero a decisão anterior e defiro a liminar requerida na presente ação cautelar, a fim de determinar a suspensão dos

efeitos das inscrições do autor nos sistemas CAUC/SIAFI/CADIN e em todo e qualquer sistema utilizado pela União, que guardem pertinência com os fatos apontados na presente demanda, até que seja concluído o procedimento administrativo de conciliação na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).

Publique-se. Int..

Brasília, 11 de outubro de 2011.

Ministro Luiz Fux

Relator

Essa postura foi repetida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática que ficou assim sumariada:

As providências administrativas realizadas pelo autor demonstram que houve substancial alteração do quadro fático subjacente à presente demanda. Como se infere das petições acima referidas, houve efetivo empenho, na exata medida do alcance do autor, em buscar o saneamento das irregularidades originalmente apontadas como óbice à celebração de acordos para transferência voluntária de recursos federais, no que se incluem as tentativas de submissão da controvérsia à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) e de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Ministério da Previdência.

Por sua vez, a manifestação da União não apontou qualquer justificativa capaz de rechaçar os novos fatos trazidos aos autos pelo autor, sem sequer mencionar a existência de outras pendências administrativas que eventualmente escapassem do âmbito das tratativas de conciliação em andamento. Limitou-se, ao contrário, a afirmar que a etapa embrionária do procedimento de conciliação deveria conduzir à suspensão do presente feito, medida que, como fundamentadamente apontado pelo autor, seria flagrantemente incapaz de tutelar o ponderável dano que a manutenção injustificada do Estado do Amapá nos cadastros federais poderia e pode acarretar à população ali situada, dependente das verbas para a concretização de políticas públicas.

[...]

Ex positis, reconsidero a decisão anterior e defiro a liminar requerida na presente ação cautelar, a fim de determinar a suspensão dos efeitos das inscrições do autor nos sistemas CAUC/SIAFI/CADIN e em todo e qualquer sistema utilizado pela União, que guardem pertinência com os fatos apontados na presente demanda, até que seja concluído o procedimento administrativo de conciliação na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).” (AC 2866-AP / Relator Min. LUIZ FUX / Julgamento: 11.10.2011 / Autor: ESTADO DO AMAPÁ / Ré: UNIÃO)

A) ALGUNS CASOS ANALISADOS PELA CCAF

Diante do que foi apontado nas linhas acima, vale a pena trazer a lume alguns exemplos de casos analisados pela CCAF, a fim de que o leitor possa ter uma ideia do largo espectro de atuação desse órgão e da importância de sua atuação no âmbito da União.

São eles:

1. Disputa entre Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) e Correios. A Procuradoria Federal que atua em favor do órgão previdenciário cobrou, durante dez anos, diferenças no recolhimento das contribuições sobre contratos de prestação de serviços firmados entre 1992 e 1998. O saldo devedor chegou a R\$ 3 milhões, mas a empresa estatal e a Previdência discordavam quanto à prescrição e o cálculo dos juros e correções.
2. Disputa entre a Caixa Econômica Federal e o estado de Alagoas – portanto, além da esfera federal. A primeira conciliação envolvendo um ente da federação garantiu o direito de o Estado tomar um empréstimo sem que a Caixa verificasse sua regularidade fiscal junto aos cadastros do governo federal. A administração estadual estava com problemas em relação à Companhia de Água e Abastecimento de Alagoas, irregular no Cadastro Único de Convênio do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (Siafi), espécie de controle de regularidade de administrações públicas. Por esse motivo, a Caixa se negava a abrir o crédito. Foi na câmara que as partes chegaram a um acordo. A instituição financeira

concordou que não precisava consultar a regularidade da companhia de saneamento e concedeu o empréstimo.

3. No Paraná, os municípios de Bandeirantes e Andirá puderam receber, por cessão, imóveis da extinta Rede Ferroviária Federal. As propriedades foram transferidas ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional que, depois das conversas, pôde cedê-las às prefeituras. Foi o primeiro acordo intermediado pela AGU envolvendo a União e Municípios.
4. Negociações entre Petrobrás, União e estado do Rio de Janeiro acertaram valores a serem pagos pela estatal pela participação do estado na exploração do Campo Petrolífero de Martim, na Bacia de Campos.
5. Uma encruzilhada opôs Comando da Marinha, Ministério dos Transportes, estado do Amazonas, o Instituto Nacional Colonização e Reforma Agrária (Incra), a Fundação Nacional do Índio (Funai), o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan). No meio da sopa de letrinhas, a construção de uma ponte sobre o Rio Negro, em Manaus. Paralisada na metade da obra por passar sobre um assentamento e um sítio arqueológico de índios, a ponte encurtaria uma viagem de duas horas que a população de Iranduba levava de barco para chegar à capital amazonense. Depois de três meses de negociação e muitas posições cedidas, as partes chegaram a um acordo. Os órgãos ambientais aliviaram as exigências, a construtora se comprometeu a restituir a União pelos danos causados e o governo estadual garantiu proteção ao patrimônio arqueológico e agilidade na concessão de licenças ambientais.
6. No Brasil, a exploração do petróleo e gás é monopólio da União; esta, por sua vez, criou um órgão especializado para gerir e controlar essa atividade: a Agência Nacional do Petróleo (ANP); além dessa entidade estatal, existe a Petrobrás, uma empresa estatal federal, para a execução e desenvolvimento da produção e comercialização do petróleo. Formou-se, destarte, um trinômio integrado na atividade petrolífera, cujos componentes vem oferecendo alguns dilemas e entreveros.

São, todavia, três entidades federais e ligadas a um mesmo interesse econômico: o petróleo.

3 CONCLUSÃO

A vida moderna, dinâmica, veloz, com forte tendência patrimonialista, plural acaba por criar, em simetria, os mais diversos interesses legítimos e direitos subjetivos, todos merecedores da tutela do Estado. Esses interesses estão hoje multiplicados e são refletidos pelo grande volume que está congestionando o Poder Judiciário não só no Brasil, mas em várias partes do mundo.

Na linha daquilo a que CAPPELLETTI¹⁸ chama de *terceira onda do acesso à Justiça*, é imperioso, nos dias atuais, promover a justiça através, também, da busca por meios alternativos de solução de conflitos, a fim de tornar mais célere a justiça. E a justiça não tem *dono*. Não cabe apenas ao Poder Judiciário oferecer um meio pacífico para a solução de conflitos de interesses, mas a todos os agentes sociais, públicos ou privados.

A experiência histórica haurida do sistema dual de jurisdição europeu aponta para a importância da especialização da justiça administrativa como instrumento para a redução de conflitos e, por fim, para a realização de justiça.

No Brasil, em que pese a adoção, pela Constituição da República, do sistema de jurisdição única, concentrada (sistema inglês), é possível dizer que existe contencioso administrativo. Não como verdadeiro Tribunal Administrativo, como se órgão do Poder Judiciário fosse, mas como instância administrativa para a resolução de interesses entre particulares e Estado. Distancia-se, neste ponto, portanto, da figura do *Conselho de Estado*, tal como funciona no sistema europeu, vez que este atua como órgão do Poder Judiciário e suas decisões são definitivas.

Especialmente no âmbito federal brasileiro, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF possui papel de destaque, uma vez que é um órgão que, embora topograficamente situado na estrutura da Advocacia-Geral da União, órgão da administração direta federal, é o que poderia ser apontado como o que mais se aproxima de um verdadeiro tribunal administrativo, pois possui atribuição normativa para resolver conflitos. Na essência, exerce típica *jurisdictio*. A diferença básica entre a sua solução e a do Poder Judiciário é que, neste, as decisões são proferidas por juízes togados e as mesmas detêm força

18 CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

obrigatória e executiva em face dos envolvidos, ao passo que as soluções encontradas pela CCAF sempre estarão sujeitas ao Poder Judiciário.

A CCAF representa um instrumento moderno e condizente com a mobilidade que deve pender sobre a teoria da repartição de funções estatais, notadamente porque é mais um veículo democrático nas mãos do Estado para solucionar conflitos e, ao fim, promover os interesses públicos da coletividade.

REFERÊNCIAS

AIMO, Piero. Francesco Crispi e la riforma della giustizia amministrativa del 1889-1990. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, 2011.

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CASSESE, Sabino. Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FREITAS, Wladimir Passos de. *Administração da Justiça*. A Justiça na França. Disponível em: <[ibrajus.org.br /revista/artigo.asp?idArtigo=170](http://ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=170)>. Acesso em: 06 agosto 2012.

MAIA NETO, Geraldo de Azevedo. Direitos públicos indisponíveis e transação pela Advocacia-Geral da União. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2470, 6 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14637>>. Acesso em: 16 set. 2012.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Trad. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de M. Albuquerque. *Revista novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, novembro, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEZZANA, Aldo. Il Consiglii di Stato nell'Italia preunitaria. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, 2011.

POLICE, Aristide. La giurisdizione <própria> del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al c.p.a. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, settembre, 2011.

SANDULLI, Aldo. Il riordinamento del contenzioso amministrativo. Le leggi 30 ottobre 1859, nn. 3705, 03706, 3707 e 3708. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, settembre, 2011.

SCOCA, Franco Gaetano. Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877). In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, settembre, 2011.

SCHINAIA, Mario Egidio. La legge 6 dicembre 1971, n.1034 (l'istituzione dei T.A.R.) In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, 2011.

TORCHIA, Luisa. L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la <carta giurisdizionale> del Consiglio di Stato. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, 2011.

VIDARI, Savino Pene Vidari. Origini del Consiglio di Stato e sua evoluzione in periodo albertino. In: *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli, 2011.



O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS NO DIREITO EUROPEU E BRASILEIRO

*THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH: INTERPRETATION AND INTEGRATION
OF CONTRACTS IN EUROPEAN LAW AND BRAZILIAN LAW*

*Alessandra Matos de Araújo
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A influência do direito romano no direito contratual brasileiro; 2 O conceito de boa-fé no direito brasileiro; 3 O princípio da boa fé nas regras que deverão nortear o direito europeu dos contratos: Draft Common Frame of Reference – DCFR; 4 A Interpretação e a Integração dos Contratos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O princípio da boa-fé encontra-se presente no direito brasileiro e no direito europeu. A boa-fé pode ser subjetiva, servindo como critério para nortear a intenção das partes, atuando no plano da interpretação dos contratos, quando presentes ambiguidades ou incoerências. De igual forma, a boa-fé pode ser considerada sob o ponto de vista objetivo, quando é aplicada na prática negocial, facultando ao aplicador da lei, atribuir ao contrato efeitos que não foram previstos, mas que conforme a boa-fé e a natureza do contrato, dele deveriam derivar. O presente artigo objetiva demonstrar como o princípio da boa-fé é utilizado na interpretação e na integração dos contratos especialmente no direito brasileiro e no direito europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato. Boa-fé. Efeitos. Interpretação. Integração.

ABSTRACT: The principle of good faith is present in Brazilian law and European law. The principle of good faith can be subjective, serving as a criterion to guide the intention of the parties, acting in terms of interpretation of contracts, when present ambiguities or inconsistencies. Similarly, the good faith may be considered under the objective point of view, when it is applied in business practice, giving the law enforcer, assign the contract effects that were not anticipated, but as the good faith and the nature of contract, it should derive. This article aims to demonstrate how the principle of good faith is used in the interpretation and integration of contracts especially in Brazilian law and European law.

KEYWORDS: Contract. Good faith. Effects. Interpretation. Integration

INTRODUÇÃO

O princípio da boa-fé, de acordo com Vera Helena de Mello Franco, foi um dos mais efetivos agentes no desenvolvimento do direito romano dos contratos¹.

A *fides* durante a Idade Média dominou as relações mercantis, tornando-se um princípio fundamental da *lex mercatoria*². Além disso, diversas instituições do moderno direito dos contratos tem sua origem na *iudicia bonae fidei*.

É possível apontar algumas das principais marcas do direito romano no Código Civil brasileiro de 2002, particularmente no direito contratual, mais propriamente nos princípios contratuais da boa-fé e do consensualismo.

A boa-fé no direito brasileiro encontra-se vinculada ao conceito de *fides* (confiança, fé, crença) e é igualmente um indicativo que se impõe ao magistrado, quando da interpretação e aplicação da lei ao caso concreto.

No direito europeu, em que pese as possíveis estratégias de desenvolvimento do direito europeu dos contratos, adquiriu consistência a opção pela promoção de um complexo de princípios comuns unidos à redação de uma moldura comum de referência, conhecida como *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

O fato é que a boa-fé subjetiva é critério para nortear a intenção das partes, atuando no plano da interpretação dos contratos, quando presente ambiguidades ou incoerências, a fim de extrair as consequências que, de acordo com sua natureza, sejam mais adequadas à boa-fé.

A boa-fé objetiva, no entanto, é critério de conduta, a ordenar na prática dos negócios o respeito à palavra dada, conforme a consciência social, facultado ao aplicador da lei, atribuir ao contrato efeitos que não foram previstos, mas conforme a boa-fé e, novamente, a natureza do contrato, dele deveriam derivar. Neste caso, não se está no terreno da interpretação, mas naquele da integração dos contratos, para preencher as lacunas daquilo que foi pactuado.

Diante da existência de cláusulas duvidosas ou ambíguas, é necessário que a interpretação dos contratos seja conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração.

O presente artigo tem por objetivo comprovar como o princípio da boa-fé é utilizado na interpretação, quando presente incoerências, diante

1 FRANCO, Vera Helena de Mello Franco. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

2 WHITTAKER, Simon; ZIMMERMANN, Reinhard. *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*. Disponível em: < <http://assets.cambridge.org/9780521771900/sample/9780521771900wsc00.pdf> >

da existência de cláusulas duvidosas ou ambíguas, seja na integração para preencher as lacunas do regulamento pactuado, no âmbito do direito contratual, tanto no direito brasileiro quanto no direito europeu.

1 A INFLUÊNCIA DO DIREITO ROMANO NO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO

Ao se mencionar a influência do direito romano no Código Civil brasileiro de 2002 é necessário fazer referência a Teixeira de Freitas, o jurisconsulto que iniciou, no século XIX, o processo de codificação civil brasileira, primeiro com a sua *Consolidação das Leis Cíveis* e depois com o *Esboço de Código Civil*³.

A preocupação de Teixeira de Freitas foi a de criar um sistema jurídico a partir do material legislativo que existia à época, seguindo as regras de sistematização científica, assim como reunindo as normas jurídicas em institutos e este em corpos legislativos, por meio da distinção entre direitos reais e direitos pessoais.

Na sua obra de sistematização, adotou o método de primeiro conhecer o direito vigente, consolidando-o, para depois codificá-lo. Desse modo, em 1857 surgiu a *Consolidação das Leis Cíveis*, dando início, em 1859, ao projeto de Código Civil a que deu o nome de *Esboço*. Segundo Francisco Amaral, suas fontes, na matéria das obrigações foram os juristas romanos clássicos, Ulpiano, Paulo, Pompônio, Papiniano, Modestino e Gaio, enquanto que suas influências doutrinárias foram Savigny, Zachariae, Molitor, Ortolan, Mainz, Pothier, autores que lia na versão francesa de suas obras. Com o seu trabalho, Teixeira de Freitas que se considerava um romanista, divulgou o direito romano e consolidou a sua influência na região sul-americana⁴.

No que respeita ao Código Civil brasileiro, de 2002, ele atualizou a redação do Código Civil de 1916, com novas figuras e institutos e redistribuiu a matéria de acordo com a moderna sistemática civil, isto é, uma Parte Geral e uma Parte Especial, esta compreendendo os livros das Obrigações, de Empresa, dos Direitos Reais, do Direito de Família e do Direito de Sucessões. Acrescente-se ainda que no campo contratual, houve o enriquecimento do código com princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, do que resultou um texto aberto e flexível que supera o formalismo do sistema de 1916 e permite

³ TEIXEIRA DE FREITAS, Sílvio Meira. *O jurisconsulto do Império*. Vida e obra. 2. ed. Brasília, 1983. p. 181.

⁴ MIRANDA, Jorge (Coord.) *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 416.

significativa mudança no modelo metodológico de realização do direito, contrário ao do legalismo positivista dominante.

Assim, o Código Civil de 2002 deu maior ênfase e possibilidade de eficácia ao princípio da boa-fé objetiva do que o Código de 1916.

A *fides* é a idéia central do pensamento político-jurídico romano, com o significado de lealdade à palavra dada. Surgiu em Roma e era invocada na celebração dos negócios de peregrinos entre si e dos negócios entre peregrinos e cidadãos romanos. Ela velava pelo cumprimento desses negócios, castigando os faltosos e protegendo os cumpridores. Tinha sua sede na palma da mão direita. Em virtude disso, os contraentes apertavam as suas mãos direitas para imprimir solenidade à promessa. Após o desaparecimento do culto à deusa *fides*, ficou o aperto de mão como sinal de confiança mútua.⁵

A relação de clientela fundava-se, portanto, na *fides*, mas também se desenvolvia em relações de igualdade, quando então exprimia o respeito à palavra dada. De um conceito que exprimia uma relação de confiança, nascia o conceito objetivo da *fides bona*, de correção e lealdade, que devia imperar no mundo das relações comerciais, menos formalistas e sem vinculação religiosa.

Desse modo, surgiu a *fides bona* como um conceito jurídico, a *fides* do *bonus vir*; considerada do ponto de vista do juiz, como comportamento que se espera de um homem normal em um caso específico, e que os juristas começaram a utilizar a partir do século III a.C, na elaboração e interpretação de alguns institutos de direito privado, principalmente no campo das obrigações (*fides bona*) e, secundariamente, no dos direitos reais (*bona fides*), sobretudo na posse⁶.

Os contratos consensuais surgiram em Roma no século III, como produto das práticas comerciais mediterrâneas, baseadas na confiança entre as partes. O consensualismo, por seu turno, aparece como conquista da boa-fé, pois repousa essencialmente na confiança entre as partes, entendendo-se o consensualismo como o princípio segundo o qual basta o consentimento, o acordo de vontades, para que o contrato se estabeleça, não sendo preciso forma especial. O Código Civil brasileiro consagra-o no art. 107⁷.

⁵ MIRANDA, op. cit., p. 421.

⁶ Ibid., p. 422.

⁷ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

A importância do estudo do princípio da boa-fé decorre da existência de diversos pontos de contato na aplicação e realização do direito romano se comparado ao direito brasileiro e europeu.

O direito romano configurava-se, assim, como uma ciência prática, feita de soluções de problemas, sem o caráter axiomático ou dogmático da ciência moderna. Enquanto na ciência moderna o raciocínio jurídico parte da regra jurídica para o caso concreto da vida real, no direito romano o jurista desenvolvia o seu processo mental para dar a solução justa e resolver o conflito de interesses a partir do caso, do problema que se lhe oferecia.

Desse modo, os romanos poderiam ser considerados como empírico-casuísticos porque partiam da realidade da vida concreta e, com isso, criavam a norma jurídica específica para a solução da respectiva controvérsia ou do conflito de interesses.

O direito romano também pode ser considerado como um direito dos juristas, porque diante da quase inexistência de textos legais, o direito desenvolvia-se por meio de um processo, no qual havia um problema a enfrentar e tentava-se encontrar argumentos para resolvê-lo, por meio da utilização do pensamento dialético e da construção da norma jurídica adequada ao caso, uma vez que a norma jurídica não era dada previamente pelo sistema.

2 O CONCEITO DE BOA-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

O conceito, características e limites da boa-fé grassou controvérsia que ainda hoje não foi de todo ultrapassada, segundo nos informa José Carlos Moreira Alves.⁸

Conforme os ensinamentos de Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “a *fides bona* teria revestido, no período clássico, a natureza de norma jurídica objetiva de comportamento honesto e correto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfico”.⁹

É necessário, preliminarmente, salientar que a doutrina moderna distingue a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva.

A boa-fé subjetiva, apresenta-se como fato psicológico e leva em conta valores éticos – esse valor ético se releva mais claramente nela – atuando principalmente no campo das relações reais e possessórias.

⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. In: *Roma e América. Diritto Romano Comune*. Roma: Mucchi, n. 7, 1999. p. 187.

⁹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coleção teses. 3. ed. Almedina: Coimbra, 2007. p. 105.

Neste caso, implica no desconhecimento pelo indivíduo de vícios ou impedimentos de determinada situação jurídica na qual está inserido.

Prevista desde o Código de 1916, a boa-fé subjetiva tem papel relevante, por exemplo, na posse e na fraude contra credores. Diz respeito à intenção do sujeito, ao conhecimento ou desconhecimento de certos detalhes da relação ou situação jurídica.

É de se notar, porém, que a boa-fé subjetiva, de acordo com Moreira Alves não se exaure como fato psicológico, porque nela também são levados em consideração os valores morais da honestidade e da retidão, seja como convicção de não ofender direito alheio, ou como ignorância dessa ofensa¹⁰.

Por outro lado, a boa-fé objetiva se refere a um padrão genérico de conduta, num determinado lugar e em certo momento. Recorrer à boa-fé objetiva não é fazer uma investigação psicológica para concluir se o possuidor sabia ou não que poderia estar com aquele bem, ou se o adquirente conhecia ou não a insolvência do alienante. O princípio da boa-fé objetiva busca extrair, em determinado contexto social, qual é o padrão de conduta do homem probo, correto, honesto, leal.

O princípio da boa-fé objetiva determina que este padrão médio de probidade, de ética, seja o padrão de conduta a reger o comportamento dos contratantes entre si.

O referido princípio, no sentido objetivo, situa-se no terreno das relações obrigacionais e do negócio jurídico em geral e se caracteriza como regra de conduta do homem de bem, no entendimento de uma sociedade, em certo momento histórico, não se fundando, desse modo, na vontade das partes.

Ocorre que a boa-fé objetiva também pode se vincular a um elemento psicológico, como sucede na fase de formação do contrato, em que a boa-fé implica o dever de comunicar à outra parte as causas de invalidade do contrato ou os defeitos da coisa objeto da relação contratual.

Há mais deveres do que os previstos expressamente nas cláusulas do contrato. Em que pese a existência da execução da prestação, da entrega do bem, há inúmeros outros deveres implícitos ao contrato, que decorrem do que legitimamente se espera que sejam as condutas das partes.

É possível citar exemplos de condutas que contrariam o princípio da boa-fé, quais sejam: a parte que divulga segredos ou publica documentos a que teve conhecimento através da relação contratual. Ou podemos questionar se age conforme a boa-fé quem vende empresa e

10 - MOREIRA ALVES, op. cit, p. 193.

fundo de comércio e instala novo negócio do mesmo ramo ao lado do estabelecimento vendido.

Assim, atendo-se ao campo das relações contratuais que é objeto deste trabalho, é de observar-se que o significado da boa-fé não é sempre o mesmo, embora ela se tome, em geral, no sentido objetivo.

Observa-se que a partir da segunda metade do século XX, ganha especial relevo a técnica legislativa das cláusulas gerais que possibilitam à jurisprudência desenvolver a regulamentação legal, adaptando-se às várias circunstâncias da vida.

As cláusulas gerais, em suas três modalidades básicas – a restritiva, a reguladora e a extensiva – permitem que se dê uma certa abertura aos sistemas legislativos fechados, outorgando ao juiz, pela remessa que fazem, para a disciplina de relações jurídicas concretas, a padrões de comportamento ou a valores de conduta ética e social, a possibilidade de extrair para as partes contratantes consequências restritivas, corretivas ou integradoras, de deveres secundários, anexos ou instrumentais, que não estão previstos em normas legais ou por vontade expressa dos contratantes, mas que decorrem desses padrões ou valores.

Segundo o artigo 422 do Código Civil brasileiro, “o contrato deve ser executado segundo a boa-fé”.

A ênfase dada à boa-fé pelo Código Civil Brasileiro¹¹ nos negócios jurídicos em geral e nos contratos, por meio de cláusulas gerais que propiciarão atuação judicial mais “criadora”, também serve para demonstrar que a probidade e a boa-fé deverão ser observadas tanto na fase anterior à formação do contrato, como na fase posterior à extinção dele.

São inúmeros os deveres que devem ser cumpridos pelas partes, tanto nas tratativas iniciais, como na formação, execução e pós-execução do contrato. São exemplos de deveres que deverão ser observados pelas partes, independente de previsão em cláusula contratual: os de informação, de sigilo e de custódia, no tocante à formação do contrato; os de transparência (pela clareza e explicitação) e de equilíbrio das prestações, quanto à conclusão dele; o da cooperação dos contratantes para que se alcancem os fins contratuais com a satisfação do credor, no que tange à execução do contrato; e, finalmente, os de sigilo e de preservação da fruição do resultado decorrente do cumprimento dele, na fase *post contractum*¹².

11 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

12 MOREIRA ALVES, op. cit., p. 203.

3 O PRINCÍPIO DA BOA FÉ NAS REGRAS QUE DEVERÃO NORTEAR O DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS: DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE – DCFR

A regulação comunitária sobre contratos se caracteriza pela sua pontualidade, ou seja, pelo tratamento de temas específicos considerados especialmente problemáticos para a integração europeia.

No entanto, esse método foi se mostrando insuficiente para eliminar divergências entre as ordens jurídicas nacionais, prejudicando, dessa forma, o livre comércio. Além disso, de acordo com Viviane Gerales Ferreira, a uniformidade na aplicação do direito comunitário já existente é, via de regra, comprometida pela existência de diferentes regras nacionais, pois ao aplicar uma norma comunitária, direta ou indiretamente, é natural que se recorra a institutos jurídicos já conhecidos, ou seja, pertencentes ao direito nacional¹³.

Como possível solução para os problemas acima mencionados, a Comissão Europeia¹⁴, que tem por objetivo garantir o funcionamento e o desenvolvimento do mercado comum, por meio de Comunicado no ano de 2003 ao Parlamento Europeu e ao Conselho, teve a iniciativa de criar um quadro ou modelo contendo regras e princípios comuns (*Draft Common Frame of Reference – DCFR*) que sirva de referência ou inspiração para as diversas legislações nacionais, quanto ao conjunto de normas e princípios que as partes devem acatar em seus contratos.

O quadro geral composto de normas indicativas (*DCFR*) contém, a par de uma estrutura comum, definições e princípios a serem acatados uniformemente pelos diversos Estados membros e tem por finalidade influenciar as legislações nacionais, os projetos de leis e os aplicadores de direitos das diversas cortes constitucionais, bem como texto didático comum para as diversas universidades europeias.

Segundo Christian Von Bar, o referido modelo desempenhará um maior papel dentro da União Europeia [...], em virtude da sua potencial influência na legislação nacional e no futuro processo de criação da lei a nível europeu [...]. (trad. livre nossa)¹⁵.

13 FERREIRA, Viviane Gerales. Quadro Comum de Referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do Direito? Disponível em: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7476/1/AD_12_art_25.pdf>

14 Os órgãos de direção, decisão e execução são o Conselho e a Comissão. Os Estados-Membros, no âmbito dos Comitês de Consulta, de Gestão e de Regulamentação, participam em grau apreciável na execução dos atos normativos comunitários, bem como o Parlamento Europeu em relação aos que foram adotados em processo de co-decisão. (LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de Direito Comunitário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 62.)

15 VON BAR, Christian I. The Common Frame of Reference and the Works of the Study Group on a European Civil Code. A Common Frame of Reference – How should it be filled? Disponível em: <<http://>

De igual forma, é importante salientar que o fim colimado é obter equilíbrio de valores, tais como o da autonomia da vontade expresso na liberdade de contratar e a necessidade de tutelar a parte mais fraca, de molde a atender à ideia de solidariedade ou justiça social.

Desse modo, pelo menos idealmente, permanece a concepção de que o conjunto de regras enunciadas na *DCFR* represente um modelo para uma conduta justa entre os particulares e um mais elaborado conceito de economia social de mercado em consonância com os princípios da solidariedade acatados no Tratado de Lisboa (em vigor desde 1º de dezembro de 2009).

Segundo Vera Helena de Mello Franco, na *Common Frame of Reference* é possível visualizar quatro vertentes:

- a) aquela dos contratos de consumo, onde se tem o abrandamento acentuado do princípio do consensualismo;
- b) a dos contratos de trabalho, sob a égide dos acordos coletivos;
- c) a dos contratos empresariais que se situam fora do alcance das leis consumeristas e que somente em determinados campos (v.g. transferência de tecnologia, franquia, mora nos pagamentos decorrentes de transações comerciais) estão submetidos à legislação da União Europeia. Estes na sua maior parte são autorregulados, escolhendo-se o foro e a legislação aplicável ou remetendo-se as divergências para a solução de árbitros.
- d) os contratos civis ou ordinários, os quais, juntamente com os de consumo, são o objeto da maioria dos debates na construção de um direito europeu dos contratos¹⁶.

A boa-fé nos contratos também foi objeto de atenção no âmbito do direito europeu. Ocorre que no direito comum europeu ela pode ser considerada como uma cláusula geral com a intenção de desempenhar um papel importante no direito contratual.

O critério da boa-fé encontra-se previsto no Draft Common Frame of Reference – DCFR, no seu artigo 1:102, abaixo transcrito:

ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf

¹⁶ FRANCO, op.cit, p. 56.

Interpretation and development. (1) These rules are to be interpreted and developed autonomously and in accordance with their objectives and the principles underlying them. (2) They are to be read in the light of any applicable constitutional laws. (3) In their interpretation and development regard should be had to the need to promote: (a) uniformity of application; (b) good faith and fair dealing; and (c) legal certainty¹⁷.

Constata-se que o critério da boa-fé serve como norte a guiar o julgador na interpretação do contrato e foi acatado no modelo de regras que deverão nortear o direito europeu dos contratos¹⁸.

No entanto, a violação ao dever de atuar com boa-fé, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, não autoriza o descumprimento da obrigação ajustada, conforme previsto no artigo III-1:103¹⁹.

4 A INTERPRETAÇÃO E A INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS

A necessidade de se esclarecer os pontos aparentemente omissos ou ambíguos no contrato impõe a realização de uma tarefa interpretativa, levando o intérprete a tentar esclarecer o conteúdo contratual mediante recurso ao ordenamento jurídico, sem que, todavia, atribua ao contrato significado mais extenso do que o desejado pelas partes.

Estes recursos, externos ao contrato, são nele inseridos, mas condicionados à pressuposição de contidos em potência no contrato em exame, segundo Vera Helena de Mello Franco²⁰.

A aplicação de elementos advindos de outras fontes que não as partes não significa acréscimo ao estipulado, uma vez que são aplicados como já existentes virtualmente no contrato.

É possível, a inserção automática de cláusulas previstas em lei, em substituição aquelas eventualmente diversas ou discordantes

17 Interpretação e desenvolvimento. (1) Estas regras devem ser interpretadas e desenvolvidas de forma autónoma e de acordo com os objetivos e os princípios subjacentes. (2) Eles devem ser lidas à luz de todas as leis constitucionais. (3) Na sua interpretação e consideração de desenvolvimento deve ser levada em consideração a necessidade de promover: (a) uniformidade de aplicação, (b) a boa fé e justa negociação, e (c) a segurança jurídica. (trad. livre nossa).

18 Conforme M. HESSELINK, Common Frame of Reference & Social Justice, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series nº. 2008/04. Disponível em: <<http://ssrn.com>>.

19 Confira-se o comentário da doutrina, Imwinkelried, Edward J. Texas Law Review Tech, no prelo; UC Davis Legal Studies Research Paper nº 185. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1444112> conf. Marjin W. Hesselink, Common Frame of Reference & Social Justice, p. 16.

20 FRANCO, op. cit., p. 204.

estabelecidas pelas partes. Estas cláusulas, da mesma forma que aquelas de uso, ainda que não previstas, são consideradas como abrigadas no contrato, salvo a que os contraentes, expressamente, as tenham derogado.

Assim, enquanto a interpretação é aplicada na presença de eventuais dúvidas ou ambiguidades, reconstruindo-se o contrato mediante recurso às disposições ou previsões já ali consubstanciadas; a interpretação integrativa realiza esta função, mediante recurso a elementos externos ao contrato.

Desse modo, a interpretação integrativa tem por função aclarar as disposições já reguladas no contrato, mediante recurso ao ordenamento jurídico.

A integração contratual é definida mais por exclusão ao que não se aplicava na interpretação e na interpretação integrativa, do que por um estudo particular a si dedicado.

De acordo com Karl Larenz²¹, a interpretação integrativa seria o meio pelo qual o juiz tornaria claro o que, de certa forma, já estaria resolvido ou implícito no contrato. Já a integração contratual, seria o modo pelo qual, poder-se-ia tanto limitar, quanto ampliar o dever de prestação e isto além dos termos do contexto contratual ou da lei, uma vez que visa o equilíbrio das prestações, assim, v.g., o problema da revisão.

As limitações ou ampliações corresponderiam às consequências previstas em norma geral do ordenamento jurídico. No entanto, a integração somente teria lugar ocorrendo uma omissão no regulamento pactuado (lacuna) a fim de completar a manifestação negocial carente e isto, em princípio, mediante normas supletivas.

Perante o direito europeu, admite-se o recurso à boa-fé, todavia existem várias posições quanto ao teor do que se entende por boa-fé.

A boa-fé, em que pese as demais normas dispositivas e antes dos usos e da equidade, pode ser considerada fonte de integração contratual. Ela pode ser aplicada perante um conflito de interesses não regulado no pactuado, o qual não pode ser solucionado por meio de uma interpretação autêntica.

No caso acima mencionado, o juiz deverá decidir a controvérsia mantendo em vista o regulamento contratado, reconstruindo hermeneuticamente o complexo de interesses não regulado no pactuado,

21 O autor traz como fundamento o artigo 242 do BGB (Código Civil Alemão). LARENZ, Karl. Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956, p. 210-212.

mediante a construção de uma regra, não expressa na convenção, que seja, pelo menos, compatível com a economia do contrato.

Existe no direito europeu, no tocante aos contratos, a maior ou menor possibilidade do recurso à boa-fé como meio para compor o contrato, oscilando conforme as diferentes diretrizes ideológicas e tendo em vista a maior ou menor ênfase às razões práticas, consequências econômicas e a modalidade contratual em jogo (de consumo, civis ou ordinários, trabalhistas ou empresariais).

Em virtude disso, em coerência e compatibilidade com o programa negocial pactuado, passou-se nos últimos anos a entender a boa-fé, uma vez presentes certos pressupostos, como uma obrigação legal, fundada na correção, de renegociar as condições contratuais conforme um juízo de adequação²².

Nos contratos de consumo a boa-fé pode surgir como elemento de controle da validade do pactuado, quando presente um desequilíbrio significativo nas relações pactuadas.

Se a falha na contratação pode ser sanada mediante recurso à cláusula geral de boa-fé nas relações entre empresa e consumidor e nos casos em que é necessário a tutela do contraente débil, é importante salientar que não é esta a colocação perante os contratos empresariais.

Conforme ressaltado anteriormente, a incompletude nos contratos empresariais pode ser sanada por outros meios, dentre eles os usos e costumes comerciais, bem como as práticas utilizadas naquele mercado e ramo de negócio, sem prejuízo do recurso à arbitragem.

5 CONCLUSÃO

O Código Civil brasileiro de 2002, apesar de ter mantido a mesma estrutura lógico-formal do Código de 1916, enriqueceu-a, porém, com os princípios da sociabilidade, da concreção, da eticidade, da boa fé e do consensualismo, que exigem do juiz maior empenho e poder para o suprimento de lacunas e na solução das vaguezas e ambiguidades.

A interpretação criadora do Código Civil brasileiro de 2002 permite abandonar o pensamento da ciência moderna, especialmente do século XIX, que ressaltava a primazia da norma jurídica e do raciocínio lógico-dedutivo conduzido no sentido da aplicação dessa regra. Com isso, o Código de 2002 permitiu o resgate do pensamento dialético de influência tipicamente romana, baseado em princípios e tendo como

²² Cf. Andrea D'Angelo, Pier Giuseppe Monateri e Alessandro Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale (modelli cooperativi e modelli conflittuali confronto)*. G. Giappichelli Editore – Torino, 2005, da Introdução, p. 2.

ponto de partida o caso concreto, ensejando a construção, pelo intérprete, da norma adequada.

O código civil brasileiro prevê no artigo 113 que os contratos devem ser interpretados de acordo com o princípio da boa-fé e os usos locais usuais naquela prática de negócio. De igual forma, a boa-fé encontra-se prevista no Draft Common Frame of Reference – DCFR, servindo como critério para guiar o julgador na interpretação dos contratos.

O significado do princípio da boa-fé nem sempre é o mesmo, conforme ressaltada anteriormente, embora ele se tome, em geral, no sentido objetivo (a boa-fé objetiva que atua para, às vezes, ampliar o conteúdo negocial e, outras vezes, para reduzi-lo, por se traduzir, nesse terreno, como critério de reciprocidade).

O princípio da boa-fé pode aparecer como lealdade no tratar quando da conclusão do contrato ou como correção de atitude no contrato concluído (correção essa que se caracteriza pelo respeito ao interesse do outro contratante) ou se apresentar como critério de interpretação pelo qual deva ser interpretado o contrato ou como critério de conduta pelo qual devem ser cumpridas as obrigações dele decorrentes.

Isso porque o contrato depende, tanto no nascimento de seus efeitos como em sua cessação, de dois elementos: a vontade das partes e a boa-fé. Assim, a interpretação dos contratos pelo critério da boa-fé, que é essencialmente um critério de reciprocidade, ora conduz a um resultado integrador das obrigações contratuais ora a um resultado limitador delas. No primeiro caso, impõe ao devedor fazer não só tudo o que prometeu, mas também o que for necessário para que a outra parte alcance o pleno resultado útil da prestação devida, ao passo que no segundo caso se limita a observar o sentido literal do texto do contrato.

Entende-se por interpretação integradora, o fato do vendedor não só ter o dever de entregar a coisa com suas acessões, mas também evitar que ela pereça ou se deteriore, tudo fazendo, portanto, para que ela chegue íntegra ao comprador. O referido exemplo ressalta o papel da boa-fé objetiva na execução dos contratos.

O problema ainda é a diferente conotação que se pode dar ao que se entende por boa-fé, uma vez que o conceito de boa-fé não é unívoco na doutrina, todavia, a sua aplicação exige que o juiz pressuponha, no caso concreto, que as partes tenham observado o princípio durante a preparação e a conclusão do contrato, atuando, igualmente, conforme por ele determinado.

Ante as considerações acima expostas, entende-se para fins do presente artigo, que a boa-fé pressupõe a recíproca lealdade das partes e este princípio, tanto no direito europeu quanto no direito brasileiro, exerce função dominante no campo da interpretação e integração dos contratos.

De qualquer forma, o referido princípio não pode ser aplicado de modo a modificar a determinação da intenção comum ou a atribuir-lhe um significado diverso daquele que resulte da declaração do proponente.

REFERÊNCIAS

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. 3. ed. Coleção teses, Almedina: Coimbra, 2007.

D' ANGELO, Andrea; MONATERI, Píer Giuseppe; SOMMA, Alessando. *Buona fede e giustizia contrattuale (modelli cooperativi e modelli conflittualia confronto)*. G. Giappichelli: Torino, 2005.

FERREIRA, Viviane Geraldês. Quadro Comum de Referência: abandono da tradição jurídica europeia em nome da europeização do Direito? Disponível em: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7476/1/AD_12_art_25.pdf>

FRANCO, Vera Helena de Mello Franco. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HESSELINK, Martijn. *Common Frame of Reference & Social Justice*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series nº. 2008/04. Disponível em: <<http://ssrn.com>>

IOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de Direito Comunitário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

LARENZ, Karl. Base del Negocio Jurídico y Cumplimento de los Contratos. Tradução de Carlos Fernandez Rodriguez. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956.

MIRANDA, Jorge (Coord.) *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A boa-fé objetiva no sistema contratual brasileiro. In: *Roma e América. Diritto Romano Comune*. Roma: Mucchi, n. 7, 1999.

TEIXEIRA DE FREITAS, Silvio Meira. *O jurisconsulto do Império*. Vida e obra. 2. ed. Brasília, 1983.

VON BAR, Christian I. The Common Frame of Reference and the Works of the Study Group on a European Civil Code. A Common Frame of Reference – How should it be filled? Disponível em: <http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-18.pdf>

WHITTAKER, Simon; ZIMMERMANN, Reinhard. *Good faith in European contract law: surveying the legal landscape*. Disponível em: <<http://assets.cambridge.org/9780521771900/sample/9780521771900wsc00.pdf>>

INCURSÕES SOBRE O DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO – ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS ORDENAMENTOS ITALIANO E BRASILEIRO

*INCURSIONS ON THE RIGHT TO STRIKE IN THE PUBLIC SERVICE -
COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE JURISDICTIONS ITALIAN
AND BRAZILIAN*

*Ana Paula Sanzovo de Almeida Prado
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Greve no Ordenamento Italiano; 1.1 A Greve nos Serviços Públicos Essenciais Italianos; 2 O Direito de Greve no Brasil; 2.1 Mora na Regulamentação de Greve para os Servidores Públicos no Brasil; 2.1.1 Mandado de Injunção; 2.2 Projetos de Lei Sobre a Matéria; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Em diversos casos italianos a Corte Constitucional individualizou limites ao direito de greve nos serviços públicos essenciais. Foi a Lei nº 146/1990 que introduziu uma disciplina legislativa contemplando a regulamentação do exercício desse direito com o gozo dos direitos constitucionais da pessoa. Já no Brasil, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. Em mandado de injunção (ação que tem por objeto o não cumprimento de dever constitucional de legislar que afeta direito constitucionalmente tutelado), o Supremo Tribunal Federal passou a entender ser o caso de determinar a aplicação aos servidores públicos da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado, adotando-se uma solução normativa e concretizadora para a omissão verificada (CF, art. 37, VII).

PALAVRAS-CHAVE: Greve. Serviço Público. Exercício do Direito. Mandado de Injunção. Omissão Legislativa.

ABSTRACT: In many cases the Italian Constitutional Court individualized limits the right to strike in essential public services. It was the Law No. 146/1990 which introduced a legislative discipline contemplating the regulation of the exercise of this right to the enjoyment of constitutional rights of the person. In Brazil, the right to strike of public servants have not yet received legislative treatment minimally satisfactory to ensure the exercise of that prerogative in line with constitutional imperatives. In injunction (action whose objective is the failure of constitutional duty to legislate constitutionally protected right that affects), the Supreme Court began to understand to be the case to determine the application to public servants of the law that governs the movements in strikers within the private sector, by adopting a normative and concrete solution for the omission (CF, art. 37, VII).

KEYWORDS: Strike. Public Service. Exercise of the Right. Writ of Injunction. Legislative omission.

INTRODUÇÃO

No dia seis de julho de 2012, quando da participação no curso *Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee*, organizado pela Escola da Advocacia-Geral da União Victor Nunes Leal em parceria com a Universidade de Roma *Tor Vergata*, vivenciou-se uma interrupção no transporte público italiano. Naquela ocasião, ônibus e metrô funcionaram normalmente apenas no horário de pico, entre cinco da tarde e oito da noite. Segundo notícia jornalística, na capital Roma, moradores e turistas formavam longas filas para chegarem aos seus destinos. Tratava-se de greve convocada pelos sindicatos trabalhistas. Nos últimos meses haviam sido realizadas paralizações em protesto às reformas e medidas de austeridade impostas pelo primeiro-ministro Mario Monti.

A experiência italiana revela a delicadeza do tema: a Lei nº 146/1990, norma de caráter geral, foi aprovada somente depois de quarenta anos em que entrou em vigor a Constituição, compatibilizando o direito de greve com outros direitos da coletividade (que é usuária de serviço público essencial).

Os procedimentos legais constantes da mencionada norma italiana têm como parâmetros os princípios expressos pela Corte Constitucional individualizando limites ao direito de greve.

No presente estudo, discorre-se sobre os titulares do direito de greve no ordenamento italiano, e sua obrigação para com os usuários dos serviços públicos essenciais, consistente na prestação mínima de tais atividades. Trata-se, igualmente, das atribuições da Comissão de Garantia, que é órgão especialmente criado para atuar na greve nos serviços públicos essenciais, podendo aplicar sanções nos casos de excesso no exercício do direito paredista.

No outro vértice, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição da República de 1988, a omissão legislativa brasileira ainda existe quanto ao inciso VII do seu artigo 37. E a concretização da lacuna na disciplina do direito de greve do servidor público se deu recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, em mandado de injunção.

1 GREVE NO ORDENAMENTO ITALIANO

A greve, com regulamentação constitucional na Itália (*art. 40 Cost.*), constitui um direito público de liberdade, de titularidade individual, mas de exercício coletivo. A deflagração da greve deve abranger uma coletividade de trabalhadores. Representa o principal instrumento de

luta com o qual os sindicatos se dispõem à realização dos interesses profissionais dos trabalhadores e um meio que visa assegurar a efetiva participação dos trabalhadores na condução das relações econômico-sociais no país.

É legítima a greve, seja sob o aspecto penal, seja sob o aspecto civil, e suspende somente o direito à retribuição salarial durante o período de abstenção de trabalho, sem que o empregador possa de algum modo limitar o seu exercício.

Interessante mencionar que profissionais italianos, como os advogados, têm o direito de abstenção facultativa de trabalho, de acordo com decisão proferida pela Corte Constitucional em 16/05/1996, Sentença 171, não tendo sido qualificada referida abstenção como greve, embora tenham sofrido aplicação das regras de limitação da greve nos serviços públicos essenciais.

De fato, na referida decisão italiana, restou declarada a ilegitimidade constitucional do artigo 2, parágrafos 1 e 5, da Lei nº 146/1990 (norma que regula o exercício do direito de greve no serviço público essencial e a salvaguarda dos direitos da pessoa constitucionalmente tutelada e que institui a Comissão de Garantia), na parte que não prevê, no caso de abstenção coletiva da atividade jurídica dos advogados e procuradores, a obrigação de um aviso prévio e de um razoável limite de tempo de duração, nem prevê, outrossim, os instrumentos idôneos para individualizar e assegurar as prestações essenciais, e as medidas consequenciais na hipótese de não observância.¹

O artigo 40 da Constituição Italiana garante o direito de greve, mas prescreve que o seu exercício deve ser conforme lei que o regula. Somente com a Lei nº 146, de 12/06/1990, houve uma disciplina legislativa do exercício do direito de greve em determinado setor. A lei contempla o exercício do direito de greve no serviço público essencial com o respeito dos direitos da pessoa constitucionalmente tutelados: vida, saúde, liberdade e segurança, liberdade de circulação, assistência e previdência social, educação e liberdade de comunicação.

¹ [...] per questi motivi LA CORTE COSTITUZIONALE Riuniti i giudizi: 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, commi 1 e 5, della legge 12 giugno 1990, n. 146 (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della commissione di garanzia dell'attuazione della legge), nella parte in cui non prevede, nel caso dell'astensione collettiva dall'attività giudiziaria degli avvocati e dei procuratori legali, l'obbligo d'un congruo preavviso e di un ragionevole limite temporale dell'astensione e non prevede altresì gli strumenti idonei a individuare e assicurare le prestazioni essenziali, nonché le procedure e le misure consequenziali nell'ipotesi di inosservanza; [...] (Sentenza 171/1996; GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE IN VIA INCIDENTALE; Presidente FERRI – Redattore; Udienza Pubblica del 09/01/1996; Decisione del 16/05/1996; Deposito del 27/05/1996; Pubblicazione in G. U. 05/06/1996)

Na Itália, posteriormente, houve intervenção legislativa na matéria em 11/04/2000, com a Lei nº 83. Pode-se dizer que a modificação de maior relevância se deu com a ampliação do campo de aplicação da norma (Lei nº 146/1990) que, originariamente prescrita para os trabalhadores subordinados, privados ou públicos, tem na atualidade previsão expressa de aplicação quanto aos trabalhadores autônomos, profissionais liberais e pequenos empresários (artesãos, comerciantes).

1.1 A GREVE NOS SERVIÇOS PÚBLICOS ESSENCIAIS ITALIANOS

Na Itália há a Lei nº 146, de 12/06/1990, que regula a greve nos serviços públicos essenciais. Nessa norma são individualizados os direitos de salvaguarda e os serviços públicos que os garantem, previstas e disciplinadas as regras a serem respeitadas e os procedimentos a serem seguidos em caso de conflito coletivo, para assegurar a efetividade dos mesmos direitos. Também institui um organismo de garantia com funções de endereçamento, controle e aplicação de sanções de caráter econômico, a cargo dos sujeitos que não respeitarem as regras especificamente previstas (sindicatos, trabalhadores, empregadores).

Diz-se que a Lei nº 146/1990 faz um “balanceamento”, uma reparação equitativa dos sacrifícios entre os trabalhadores (titulares do direito de greve) e os usuários do serviço, com instrumentos que limitem seus efeitos negativos, como obrigação de pré-aviso, garantia mínima do serviço, garantia de pronta reativação do serviço, etc.

Os serviços públicos essenciais são todos aqueles voltados a garantir o gozo dos direitos da pessoa, constitucionalmente tutelados. Não traduzem a natureza pública ou privada do empregador, responsável pelo serviço (empresa privada ou a administração pública), nem o tipo de relação de trabalho. O legislador italiano elencou-os, agrupando-os com base no tipo de direito tutelado: quanto à tutela da vida, saúde, liberdade e segurança da pessoa, do ambiente e do patrimônio histórico e artístico; quanto à tutela da liberdade de circulação; quanto à assistência e previdência social, serviços de pagamento através do sistema bancário; relativamente à educação; no que concerne à liberdade de comunicação. Essa relação de serviços feita pelo legislador italiano não é taxativa. A doutrina ensina que se trata de limite objetivo da norma.

No que se refere ao âmbito subjetivo, a referida lei se aplica a todos os trabalhadores subordinados, privados ou públicos, e também aos trabalhadores autônomos, profissionais liberais, pequenos empresários (artesãos e comerciantes). Justifica-se: a abstenção coletiva destes sujeitos, diversos dos trabalhadores subordinados,

pode, de fato, envolver a funcionalidade dos serviços públicos essenciais.

A Lei nº 146/1990 estipula um sistema complexo de garantias: previsão de medidas de prevenção do conflito; determinação das modalidades de exercício da greve; individualização das prestações indispensáveis que devam ser asseguradas; constituição de uma autoridade super partes, com funções de prevenção, controle e caráter sancionatório (Comissão de Garantia); previsão de um sistema de intervenção para as situações de emergência.

Antes da deflagração da greve, as partes (organizações sindicais e empresas ou administrações) são conduzidas a tentar a conciliação, devendo comportar-se com lealdade e boa-fé. Na falta de tentativa de um acordo a deflagração da greve é avaliada negativamente pela Comissão de Garantia, comportando aplicação das sanções previstas em decorrência da violação das normas legais e contratuais.

Os sujeitos que deflagrarem a greve ou a abstenção coletiva a que aderirem devem respeitar limites: conceder um pré-aviso não inferior a dez dias; efetuar uma comunicação preventiva e por escrito, quanto ao termino do pré-aviso, duração e modalidades de atuação, além das motivações (a comunicação deve ser encaminhada às administrações ou empresas que desenvolvem o serviço, ao escritório constituído junto à autoridade competente, adotando a ordem de suspensão, com imediata comunicação à Comissão de Garantia); respeitar as medidas previstas pela lei, pelos acordos coletivos ou códigos de auto-regulamentação, ou na falta destes pela regulamentação provisória emanada da Comissão de Garantia, particularmente as relativas ao respeito dos intervalos mínimos entre uma greve e outra.

A idoneidade dos contratos, acordos coletivos e códigos de auto-regulamentação é valorada pela Comissão de Garantia, que os aprova após ouvir as organizações de consumidores e os usuários.

Em caso de greve, administrações e empresas que desenvolvam serviços públicos estão obrigadas a comunicar aos usuários, de forma adequada, com pelo menos cinco dias de antecedência do início da greve, os modos e formas de execução dos serviços durante o curso da greve e as medidas de reativação dos mesmos; garantir e prover a imediata reativação do serviço quando a abstenção for concluída; fornecer tempestivamente à Comissão de Garantia informações a respeito das greves deflagradas, suas revogações e suspensões; motivações e causas de eclosão dos conflitos. A valorização de tais obrigações é considerada pela Comissão de Garantia para fins sancionatórios.

Informações completas a respeito do início, duração, medidas alternativas e modalidades da greve devem ser divulgadas em jornais quotidianos, emissoras de rádio e de TV. De se destacar que a revogação espontânea da greve deflagrada depois que a mesma já tenha sido informada aos usuários constitui uma forma desleal de ação sindical, devendo ser avaliada pela Comissão de Garantia para aplicação de sanções.

2 O DIREITO DE GREVE NO BRASIL

No Brasil, a Constituição da República de 1988 reconhece em seu artigo 9º o direito de greve dos trabalhadores celetistas, nos seguintes termos: “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

Referida norma está disposta no Capítulo II (que cuida dos direitos sociais) do Título II, da Carta Política, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Ao lado do direito fundamental ao trabalho insere-se o direito de greve, conquista histórica dos trabalhadores. De fato, o direito de greve permite a necessária movimentação e articulação do trabalhador em busca de melhores e dignas condições de trabalho.

Não é demais frisar que a dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 1º da Constituição), ao lado do valor social do trabalho (inciso IV do mesmo artigo 1º), constituem fundamentos de nossa República Federativa, esta um Estado Democrático de Direito.

Em consequência ao direito social de greve, há a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que regula o exercício desse direito na esfera da iniciativa privada, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade (cumprindo o comando do § 1º do artigo 9º da Constituição da República). Prevê, igualmente, as penas a que devem sujeitar os responsáveis por eventuais abusos cometidos (art. 9º, § 2º, da CR).

Os empregados públicos, regidos pela CLT, possuem o mesmo tratamento legal que os empregados comuns. É facilmente aplicável a Lei de Greve (nº 7.783/1989) àqueles cuja disciplina laboral é oferecida por um contrato de trabalho.

De outro lado, o direito de greve do servidor público, com vínculo estatutário, é reconhecido pela Constituição no seu artigo 37, inciso VII, que dispõe:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

Esse artigo está inserido no capítulo da Constituição que cuida da Administração Pública (Capítulo VII, do Título III). Tal previsão topológica diferenciada decorre do regime jurídico dispensado ao serviço público, que sempre deve atender aos interesses da coletividade.

Apesar de haver controvérsia na doutrina pátria quanto à eficácia dessa norma constitucional, entende-se que se trata de norma de eficácia contida, na tradicional classificação de José Afonso da Silva (tem aplicabilidade imediata, integral, plena, não obstante possa ter seu alcance reduzido pela legislação infraconstitucional).

Há de se salientar que os direitos e garantias fundamentais (dentre eles o direito social de greve) têm aplicação imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º da Carta Política.

Antes proibida, a greve do servidor público civil encontra previsão na própria Constituição, sendo, portanto, permitida. Não existe a lei específica referida no texto constitucional para lhe definir os termos. No entanto, se se limitar o próprio direito de greve do servidor público civil à edição de lei específica, o trabalhador será privado do referido direito.

O regime jurídico diferenciado entre trabalhadores empregados e servidores públicos não lhes pode impor violação a direitos fundamentais, na medida em que são, todos, trabalhadores.

Deveras, não obstante a ausência de lei regulamentadora, o direito de greve do servidor público civil é exercitável, ressalvadas apenas as necessidades inadiáveis da comunidade, identificadas segundo critérios de razoabilidade.

A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital (empregador), mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. Consta ainda do julgamento do MI 712 pelo Supremo:

O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura.

OSTF entende que há mora no Congresso Nacional em regulamentar essa matéria relevante: “a greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida.”²

2.1 MORA NA REGULAMENTAÇÃO DE GREVE PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS NO BRASIL

Em 2007 o Supremo Tribunal Federal expediu o *Leading Case*³ responsável pela nova interpretação ao artigo 37, inciso VII, da Constituição da República de 1988. Realmente, o órgão jurisdicional máximo do direito brasileiro se posicionou sobre a possibilidade do direito de greve para os servidores públicos, ressalvados, agora, os limites definidos na Lei nº 7.783/1989, onde couber.

Como trabalhador regularmente constituído para realizar serviços de natureza definida ou especificada legal ou normativamente, o servidor público tem seus direitos e deveres, que se encontram insculpidos em legislação pertinente, em especial na própria Constituição.

Embora não exista a lei integradora mencionada no artigo 37, inciso VII, a greve para os servidores públicos é legal, sendo somente vedada para os servidores públicos militares, conforme previsão do inciso IV do parágrafo 3º do artigo 142 da mesma Constituição (acrescentado pela Emenda Constitucional n. 18, de 1998).

Desse modo, o servidor público civil possui direito de fazer greve, lastreando-se pela regulamentação da greve para os servidores em geral. A aplicação da Lei nº 7.783/1989 não macula o princípio da continuidade do serviço público. Este é o posicionamento que o STF tem adotado, embora tenha, durante anos, julgado em sentido contrário.

Deveras, ao lado do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis está o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos.

Sabe-se que os prejuízos aos cidadãos são incalculáveis se médicos de determinado hospital público, por exemplo, se abstêm de trabalhar. Pela supremacia do interesse público, não pode haver, realmente, prejuízo para a coletividade. E mesmo a Lei de Greve de 1989 determina serviços essenciais que não podem ter paralisação completa, deixando

² MI 712.

³ MI 670, Rel. Min. para o acórdão Gilmar Mendes; MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, e MI 712, Rel. Min. Eros Grau.

uma porcentagem dos pares trabalhando. Prevê a Lei nº 7.783/1989, em seus artigos 10 e 11:

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II - assistência médica e hospitalar;

III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV - funerários;

V - transporte coletivo;

VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII - telecomunicações;

VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X - controle de tráfego aéreo;

XI - compensação bancária.

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Felizmente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal propôs solução para a omissão legislativa referente ao inciso VII do artigo 37 da Carta Política, aplicando-se a Lei nº 7.783/1989, que define e disciplina

os serviços ou atividades consideradas essenciais, sejam eles prestados pelo particular mediante delegação, sejam prestados pelo Estado.

A aplicação da referida norma infraconstitucional, até que seja sanada a lacuna legislativa, confere eficácia ao direito de greve dos servidores públicos, direito esse reconhecido constitucionalmente.

2.1.1 MANDADO DE INJUNÇÃO

Nos tempos atuais, em especial depois de o Plenário do STF ter declarado a omissão legislativa quanto ao dever constitucional de editar lei que regulamente o exercício de direito de greve no setor público, parece pacificado o entendimento da aplicação da lei de greve vigente ao setor privado.

Restou esclarecido no MI 712 que “No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos.”

O mandado de injunção vem se consolidando na jurisprudência brasileira como o remédio para a doença “preguiça legislativa”, sendo instrumento de efetivação de direitos fundamentais previstos na Constituição, que por omissão legislativa, possuem aplicabilidade reduzida.

De fato, o STF atualmente confere uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. No MI 670/ES⁴ se consignou que “a partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções ‘normativas’ para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva”.

O entendimento do Supremo é de que incumbe ao judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, ressaltando que a mora legislativa a esse

⁴ EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.

respeito já foi diversas vezes declarada. Esclarece que a permanência de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passou a invocar os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial.

Cumpre destacar que na experiência do direito comparado, notadamente na Itália, admite-se que o Poder Judiciário adote medidas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais. Essa efetiva proteção judicial a direitos fundamentais não se configura ofensa ao modelo de separação de poderes.

O Ministro Gilmar Mendes⁵, em seu voto no MI 670, recomendou a adoção explícita de um modelo de sentença de perfil aditivo, tal como amplamente desenvolvido na Itália.

Utiliza-se o mandado de injunção coletivo para viabilizar, em favor dos membros ou associados de instituições sindicais, o exercício de direito constitucionalmente assegurado para a categoria.

Foram julgados pelos tribunais brasileiros mandados de injunção para garantir o exercício do direito de greve no serviço público de categorias como médicos, garis, professores. Em vista disso, discute-se o caráter legiferante dos tribunais. Seria uma invasão de poderes? Ora, a dinâmica social pede resposta. E se o legislador não oferece? A Lei Maior prevê, em seu artigo 5º, inciso XXXV, a inafastabilidade da jurisdição.

O entendimento do Supremo revelado no MI 712 é nesse sentido de alteração da substância do mandado de injunção: há prevalência do interesse social, tornando insubsistente o argumento segundo o qual ocorreria ofensa à independência e harmonia entre os poderes (artigo 2º da Constituição do Brasil) e à separação dos poderes (artigo 60, § 4º, III, da CF).

Após a nova hermenêutica dispensada pelo STF, a Lei de Greve é a base legal para regular o exercício do direito de greve no âmbito público, deixando sindicatos e suas categorias a par dos limites e regramentos para se trilhar.

2.2 PROJETOS DE LEI SOBRE A MATÉRIA

Há alguns projetos de lei no Brasil que buscam regulamentar o direito de greve dos servidores públicos (como exemplo o Projeto de Lei nº 6.032/2002 – que ‘disciplina o exercício do direito de greve dos servidores públicos dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1388.

Federal e dos Municípios, previsto no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal e dá outras providências’).

Ponto interessante, e que faz parte da OIT, é a possibilidade de negociação coletiva. Outro quesito, que é adotado pela maioria dos países, é a proibição de greve para servidor público armado. Muitas divergências há quanto ao não recebimento de salário pelo servidor, que exerce seu direito... sem incorrer em falta funcional ou ausência do trabalho.

A respeito de desconto salarial, reproduz-se argumentação do STF quando do julgamento do MI 670:

[...] nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7º da Lei nº 7.783/1989, *in fine*).

Cabe salientar que o Supremo⁶, a par da consignação acima reproduzida, determinou a aplicação analógica da Lei nº 7.701/1988, esclarecendo que cabe ao tribunal competente para o dissídio de greve analisar a abusividade ou não do movimento, bem assim acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na Itália, a Lei nº 146/1990 disciplina o direito de greve no serviço público essencial com garantia dos direitos da pessoa constitucionalmente tutelados, como a vida, saúde, liberdade, segurança, educação, assistência e previdência social. E a Lei nº 83/2000 ampliou o campo de aplicação referida norma, abrangendo trabalhadores subordinados, privados ou públicos, trabalhadores autônomos, profissionais liberais e pequenos empresários.

No Brasil, o direito de greve é reconhecido constitucionalmente, e disciplinado pela Lei nº 7.783/1989. Em específico, quanto ao exercício do direito constitucional de greve do servidor público, previsto no artigo

6 MI 670 e 708

37, inciso VII, a evolução jurisdicional tem acompanhado a evolução da sociedade, em razão da omissão legislativa.

Houve, de fato, evolução jurisprudencial perante o STF, em sede de mandado de injunção, visando não se esvaziar direito fundamental positivado.

O servidor brasileiro, justamente por ser público, deve ter regulamentado o seu direito de greve, com edição da lei integradora. Como esta ainda não ocorreu – já que sua propositura depende de vontade política – há que ser realizada com base na regulamentação do direito de greve para os demais empregados, pois a vontade da lei deve sempre expressar o desejo da sociedade.

REFERÊNCIAS

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIVA, Severino. Il diritto di sciopero. In: RIVA, Severino. *Compendio di Diritto del Lavoro*. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2012.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E NA ITÁLIA

*CONSIDERATIONS ON THE JUDICIAL REVIEW IN THE
BRAZIL AND ITALY*

Anderson Franco

*Advogado da União, Pós Graduado em Direito Constitucional pela Universidade Sul
de Santa Catarina – UNISUL,*

Ronaldo Nascimento de Miranda

*Advogado da União,
Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho/RJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controle de
Constitucionalidade – considerações iniciais;
2 Órgão Controlador da Constitucionalidade;
3 Controle Difuso da Constitucionalidade;
4 Controle Concentrado de Constitucionalidade;
5 Efeitos das Decisões; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo objetiva tecer algumas considerações acerca das diferenças e pontos de contato existentes entre os sistemas jurídicos brasileiro e italiano, no que diz com o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Embora os ordenamentos jurídicos de ambos os países sejam de tradição romanística, diferem quanto aos sistemas de controle de constitucionalidade. Na Itália, que adota o sistema concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por órgão cuja atribuição primordial é o controle constitucional. Tal sistema é fruto da influência do direito austríaco, o qual entende que o exercício do controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos, devendo ser exercido, portanto, por órgão que tenha preeminência no Estado, sendo adequado confiá-lo a um corpo político e não jurisdicional. Não obstante, a doutrina majoritária reconhece a Corte Constitucional italiana como um órgão de natureza jurisdicional. No Brasil, que mescla o sistema difuso e concentrado, o controle judicial de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial – isto é, cabem aos órgãos do Poder Judiciário a palavra acerca da constitucionalidade ou não de uma norma –, embora existam, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, seja no âmbito do Poder Executivo (como por exemplo, o veto de uma lei por inconstitucionalidade), seja no Poder Legislativo (como por exemplo, a rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade).

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Controle de constitucionalidade. Ordenamentos jurídicos. Órgão controlador. Efeitos. Brasil. Itália.

ABSTRACT: This article aims to make a few observations about the differences and points of contact between the Brazilian and Italian legal systems, in terms of control with the constitutionality of laws and normative acts. Although the legal systems of both countries are roman tradition, differ as to the constitutionality control systems. In Italy, which adopts the system concentrated control of constitutionality is exercised by an agency whose primary assignment is the constitutional control. This system is the result of the influence of Austrian law, which means that the exercise of judicial laws have political effects, and must be exercised, therefore, by body that has preeminence in the state, being suitable to entrust it to a body politic and no court. Nevertheless, the majority doctrine recognizes the Italian Constitutional Court as a court of a judicial nature. In Brazil, it gets a diffuse and concentrated system, the judicial review

of constitutionality is eminently judicial in nature - ie, fit bodies to the judiciary the word about the constitutionality of a rule - although there are, however, several instances of political control of constitutionality, whether in the executive branch (eg, the veto of a law as unconstitutional), is the legislative branch (eg, rejection of a bill by the Committee on Constitution and Justice legislative house, as unconstitutional).

KEYWORDS: Constitution. Judicial Review. Legal Systems. Controlling agency. Effect. Brazil. Italy.

INTRODUÇÃO

O direito, como fenômeno universal, encontra nas diversas comunidades expressões próprias. Todavia, a relação entre os povos, cada vez mais intensa e crescente, sobretudo face ao fenômeno da globalização, tem revelado a coincidência em vários ordenamentos nacionais de institutos jurídicos semelhantes.

É de se ressaltar que os sistemas jurídicos das diversas comunidades, na prática, buscam solucionar os mesmos problemas, embora de maneira distinta.

Nesse sentido, não se pode deixar de ter em vista a importância do estudo do direito comparado, sobretudo no direito constitucional, que sofre constante influência legislativa e jurisprudencial do direito estrangeiro, especialmente quando dele são recepcionados institutos no direito pátrio.

O presente artigo tem por escopo analisar os métodos de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos no direito brasileiro e no italiano.

Os ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano, embora de tradição romanística, distinguem-se quanto ao sistema adotado para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

A Itália, em sua constituição de 1948, adotou o sistema de controle concentrado, exercido pela Corte Constitucional, a quem incumbe dizer sobre a compatibilidade constitucional das normas. Tal sistema encontra inspiração na Constituição da Áustria de 1920, sob a influência de Hans Kelsen.

Já o Brasil, pela carta magna de 1988, revela a adoção de um sistema misto, aplicando o controle concentrado, embora aqui exercido pelo órgão máximo do Poder Judiciário, e também o controle difuso de constitucionalidade, de influência estadunidense.

A partir deste panorama, podemos verificar proximidades e diferenças entre ambos os sistemas analisados, o que permite uma melhor interpretação dos institutos constitucionais relacionados, a

apreensão de novos conhecimentos hábeis à compreensão do direito constitucional, e de suas técnicas de interpretação, o aprimoramento dos sistemas jurídicos e a convergência entre eles.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao se considerar a Constituição norma fundamental superior de um determinado ordenamento jurídico, inevitavelmente vem à tona o conceito de que os atos normativos inferiores não podem afrontá-la.

Neste sentido, se faz imprescindível observar duas premissas, as quais são a gênese da existência do controle de constitucionalidade, a saber: a supremacia e a rigidez constitucional.

A Constituição, por se consubstanciar como *lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*), quer porque lhe é conferido um valor normativo hierarquicamente superior (*supralegalidade material*), faz dela um parâmetro obrigatório de todas as normas inferiores¹.

Em outras palavras, a *supremacia* constitucional configura-se na ideia de que os atos normativos inferiores à Constituição em vigência não poderão estar em desconformidade com seus preceitos, sob pena de incidirem em vício de inconstitucionalidade.

Quanto à *rigidez* constitucional, esta como pressuposto do controle de constitucionalidade, importa em que as normas da Constituição, por ser esta paradigma de validade de outros atos normativos, precisam de um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, não existiria distinção formal entre a espécie normativa objeto do controle e aquela em face da qual se dá o controle. Neste diapasão, caso as leis infraconstitucionais tivessem o processo de criação idêntico aos das normas constitucionais, havendo qualquer violação, não se concretizaria o fenômeno da inconstitucionalidade, mas sim mera revogação da norma anterior².

Da conjunção dessas duas premissas dantes explicitadas, emana o conceito de Constituição como norma fundamental e superior aos atos normativos infraconstitucionais, cujo processo de criação é mais complexo e elaborado do que o das normas que lhe são inferiores. Neste

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 890.

² BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 24.

contexto, considerando os preceitos constitucionais com tal importância suprema dentro de um ordenamento jurídico, torna-se imperioso criar mecanismos que os protejam de eventuais normas infraconstitucionais que porventura venham a lhe afrontar.

Com efeito, partindo da premissa teórica de que uma Constituição rígida é suprema ante todos os comportamentos e atos do poder público, é indubitavelmente manifesta a necessidade em que se encontra o próprio texto constitucional de organizar um sistema ou processo adequado de sua própria defesa, em face das violações que possa vir a sofrer, seja do Poder Legislativo (através das leis em geral), seja do Poder Executivo (através de atos normativos e concretos)³.

No tocante à supremacia constitucional, denotamos que a primeira premissa relativa à existência ao controle de constitucionalidade, está plenamente preenchida. É clarividente que, tanto o ordenamento jurídico brasileiro, quanto o italiano, aceitam a Constituição como ápice das normas e fundamento de validade das leis infraconstitucionais (as quais, inclusive, devem estar em sua conformidade). Dessa forma, na eventualidade de qualquer ato normativo infraconstitucional afrontar ditames da Lei Suprema, exsurge a necessidade de expurgá-la do ordenamento jurídico ou conferir a ela uma interpretação que esteja em conformidade com os preceitos constitucionais.

Analisando a rigidez constitucional, ou seja, aquela em que o preceito da Constituição adveio de um processo de elaboração mais complexo do que uma norma infraconstitucional, a qual, para alterá-la, terá que transcorrer um solene e dificultoso processo legislativo, inferimos semelhanças entre o ordenamento jurídico nacional e o italiano.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, pode ser considerada como rígida, sob o ponto de vista da alterabilidade, tendo em vista que a mutação formal constitucional possui um processo legislativo mais solene ao que se observa para edição de leis complementares e ordinárias.

Para aprovação de emendas constitucionais, o art. 60, §2º da CRFB, exige dois turnos de votação e quórum de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional. Por outro lado, para edição das leis complementares e ordinárias, exige-se apenas um turno de votação, sendo que para as primeiras deve-se obter quórum de maioria absoluta (art. 69) e para as últimas, basta o quórum de maioria simples (art. 47).

Outra característica marcante, que reforça a ideia de rigidez constitucional de Carta Magna Brasileira de 1988, deve-se à cominação

3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 263.

de que, para alteração de seus preceitos, a emenda constitucional de reforma só ser feita por a iniciativa: de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, I, II e III).

A Constituição Italiana, promulgada em 27 de dezembro de 1947, também é caracterizada por sua rigidez quanto às normas constitucionais, cujo processo legislativo de reforma é sobremaneira complexo em comparação às normas infraconstitucionais.

O art. 138 da Constituição Italiana de 1948 prevê que as leis de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais são adotadas por cada Câmara, mediante duas deliberações sucessivas com um intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas, por maioria absoluta dos membros de cada Câmara, na segunda votação. Estas mesmas leis serão submetidas a *referendum* popular quando, no prazo de três meses a partir de sua publicação, o solicitar um quinto dos membros de uma Câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselheiros Regionais. A lei submetida a *referendum* não é promulgada, senão depois de aprovada pela maioria dos votos válidos. Não se procede a *referendum*, se a lei for aprovada na segunda votação por cada uma das Câmaras, por maioria de dois terços dos seus integrantes.

De outra parte, ante os contornos dos arts. 70 e seguintes da Constituição Italiana de 1948, a iniciativa das leis ordinárias pertence ao Governo, a cada membro das Câmaras e aos órgãos e entidades, aos quais seja conferida por lei constitucional. O povo também pode exercer a iniciativa de uma lei mediante proposta feita pelo menos por cinquenta mil eleitores, de um projeto redigido em artigos. O quórum de aprovação de tais leis, em regra, é de maioria relativa.

Dessa forma, denota-se claramente que o processo de revisão da Constituição e as outras leis constitucionais, no ordenamento jurídico italiano, segue um procedimento legislativo muito mais rebuscado e dificultoso em relação às demais leis infraconstitucionais, ressaltando, portanto, o caráter de rigidez constitucional.

Sintetizando o explanado, premissas sob as quais se fundam os requisitos essenciais para a existência do controle de constitucionalidade, a invalidade da lei violadora da Constituição é uma decorrência da posição superior em que esta se encontra em detrimento daquelas. Essa superioridade se faz presente nos países que abraçam a rigidez constitucional (como no caso do Brasil e Itália, conforme dantes descrito, nosso presente objeto de estudo), valendo trazer à baila clássico ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

[...] a Constituição é a autoridade mais alta, e derivante de um poder superior à legislatura, o qual é o único poder competente para alterá-la. O poder legislativo, como os outros poderes, lhe são subalternos, tendo as suas fronteiras demarcadas por ele, e, por isso, não podem agir senão dentro dessas normas⁴.

Feitas tais importantes observações, mormente quanto a descrever os requisitos essenciais para existência do controle de constitucionalidade, que se incrusta no ordenamento jurídico brasileiro e no italiano, passemos ao estudo analítico, cotejando os mencionados ordenamentos jurídicos.

2 ÓRGÃO CONTROLADOR DA CONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente, é imperioso discursar sobre o controle de constitucionalidade exercido por órgão político, ou seja, desvinculado do corpo relativo aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Tal sistema é fruto do conceito de que o exercício do controle de constitucionalidade das leis tem efeitos políticos, devendo ser exercido, portanto, por órgão que tenha preeminência no Estado, sendo adequado confiá-lo a um corpo político e não jurisdicional.

O entendimento que fundamenta tal controle político de constitucionalidade oriunda do fato de que a lei se configura como uma manifestação da soberania popular, exercida por seus representantes eleitos e que, portanto, não seria adequado que tais atos normativos fossem vigiados/controlados por outro Poder, como por exemplo, o Judiciário.

Esse órgão pode ser uma assembleia como um conselho ou comitê constitucional. O país em que tal controle teve sua florescência foi a França, que o viu nascer por obra de um dos principais legisladores da Revolução Francesa, o jurista Sieyès. Ao propor um mecanismo político de controle de constitucionalidade, pretendia-se interpretar e remediar o sentimento nacional de desconfiança contra tribunais do *ancien régime*. Assim, no Ano III trazia Sieyès à Convenção o seu projeto de criação de um “Jurie Constitutionnaire”, de natureza representativa, dotado de competência para anular leis e julgar reclamações contra atos

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Teoria das Constituições rígidas. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980, p. 48, Apud NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano: breve análise comparativa*. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 1, p. 183-217, jan. 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27365>>. Acesso em: 16 set. 2012.

inconstitucionais. No entanto, vale lembrar, à época, o projeto esbarrou em muitos óbices, sendo rejeitado por unanimidade pela Convenção⁵.

Apesar da inicial rejeição de tal projeto, renasceu posteriormente, ainda na França, a ideia de confiar o controle de constitucionalidade a um órgão de natureza política, sendo criado, posteriormente o Conselho Constitucional, o qual está previsto na vigente Constituição Francesa de 1958 (arts. 56 a 63).

Nos termos da Constituição Francesa, em especial seu art. 62, as decisões do Conselho Constitucional oriundas de seu controle político de constitucionalidade não são suscetíveis de recurso e se impõem a todos os poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais. Neste sentido, demonstra clarividente a independência do Conselho Constitucional francês diante de os outros poderes estatais, sendo sua atividade absolutamente voltada ao controle de constitucionalidade (cuja decisão é soberana frente aos outros poderes) ressaltando, por conseguinte, o controle político existente no ordenamento jurídico francês.

Nesta linha de conduta, que se volta a destinar o controle de constitucionalidade a um órgão político, devemos ainda destacar que o mecanismo fora adotado na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, exercido pelo *Presidium* do Soviete Supremo, e em outras ordenações constitucionais, especialmente do Leste Europeu, em épocas da “cortina de ferro”.

Na doutrina que se debruça sobre o estudo do controle de constitucionalidade por órgão político, distinguem-se duas categorias de controle: o prévio (que antecede à votação da lei, exercido durante a tramitação do texto, podendo nele intervir a segunda Câmara ou o Chefe de Estado) e o posterior (feito após lei ser promulgada ou pelo menos já votada, sob o qual o controle de constitucionalidade político é mais autêntico)⁶.

No Brasil, cujo controle judicial de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial – isto é, cabe aos órgãos do Poder Judiciário a palavra acerca da constitucionalidade ou não de uma norma –, existem, no entanto, diversas instâncias de controle político da constitucionalidade, seja no âmbito do Poder Executivo (como por exemplo, o veto de uma lei por inconstitucionalidade), seja no Poder Legislativo (como por exemplo, a rejeição de um projeto de

5 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 299-300.

6 FABRE, M. Henry. *Principes Républicains de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris, p. 157 Apud BONAVIDES, Paulo, op. cit. p. 301.

lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, por inconstitucionalidade)⁷.

Na Itália, onde o controle de constitucionalidade é essencialmente concentrado na Corte Constitucional, por força do artigo 74 da Constituição peninsular, o Presidente da República pode, mediante mensagem motivada às Câmaras, pedir uma nova deliberação do projeto de lei que entenda inconstitucional, suspendendo a promulgação da lei (*Potere di rinvio*). Não lhe cabe o poder de veto, como no Brasil, mas tão somente a faculdade de promover a reapreciação do projeto pelo parlamento. Todavia, se as Câmaras aprovarem novamente a proposição de lei, esta deverá ser promulgada pelo Presidente. Neste caso, restará o remédio do controle por via principal, por meio de ação proposta diretamente à Corte Constitucional, independentemente da existência de processo judicial ou administrativo. Competentes para a proposição da ação são: o governo central, após deliberação do Conselho de Ministros; as Regiões, após autorização da Junta Regional; as Províncias de Trentino e Trento; e os grupos linguísticos⁸.

Do mesmo modo em que há fundamentos concretos para a defesa de um controle de constitucionalidade exercido por um órgão político, também surgiram fortes críticas. A experiência evidencia que o controle político se baseia muito mais num juízo de conveniência, desprovido, portanto de respaldo técnico. Ademais, essa forma de controle é redundante e parcial, pois é o próprio Poder Legislativo que controla a constitucionalidade dos atos que ele mesmo criou, o que faz incidir, indubitavelmente, em uma violação à cláusula da separação de Poderes⁹.

A par do controle de constitucionalidade exercido por um órgão político, desvinculado do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, surgiu com força a técnica de tal controle sendo atribuída à atividade jurisdicional. E atualmente, essa tendência se faz presente na maioria dos países em que se aceita o controle de constitucionalidade, seja àqueles de

7 BARROSO, op. cit. p. 65.

8 Esclarece Edilson Pereira NOBRE JÚNIOR, op. cit., que “No sistema peninsular, o recurso, ativador da via principal, somente poderá ser promovido pelo Estado (tocando a sua representação ao Governo, sendo indispensável, a teor dos arts. 30 e 31 da Lei 87/53, prévia deliberação favorável do Conselho de Ministros, tanto que a Corte Constitucional, na sentença 116/1966, somente admitira a iniciativa isolada do seu Presidente, mesmo em caso de urgência, com a posterior ratificação do Conselho de Ministros), pelas Regiões (sendo necessária a autorização da Junta Regional), pelas Províncias de Trento e Bolzano e, finalmente, por grupos linguísticos, com restrição, nesta última hipótese, às leis aprovadas pelas Regiões e pela Província de Bolzano.”

9 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109.

preeminência do controle difuso (ex.: Estados Unidos), seja àqueles de predominância do controle concentrado (ex.: Alemanha).

A crítica que se faz a esse controle consubstancia-se em conferir ao juiz ou Tribunal incumbido de tal mister a assunção de uma posição eminentemente política.

Não há dúvida de que, exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e primordialmente com o centro de sua inspiração essencial: a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. Neste sentido, a introdução do mencionado controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, sob o qual se alicerça, sobre o formalismo hierárquico das leis¹⁰.

Como o objeto de estudo deste trabalho volta-se aos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano, analisaremos, portanto, o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Constitucional, respectivamente.

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Os Ministros do STF serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Não existe limite temporal em relação ao exercício da judicatura pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ou seja, tal investidura se caracteriza pela vitaliciedade.

A discussão travada no bojo dos trabalhos realizados durante a Assembleia Constituinte, que culminou com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, versava sobre a instituição de uma Corte Constitucional que deveria ocupar-se, fundamentalmente, do controle de constitucionalidade. Ao final dos trabalhos, e promulgada a Carta Magna de 1988, acabou-se por permitir que o Supremo Tribunal Federal não só mantivesse sua competência tradicional, com algumas restrições, como também adquirisse novas e significativas atribuições. Neste diapasão, a Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, mormente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional¹¹.

¹⁰ Apud BONAVIDES, op. cit. p. 301.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 990.

A Corte Constitucional, cuja composição está prevista no art. 135 da Constituição Italiana de 1947, é formada por quinze juízes, assim nomeados: um terço pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento em sessão comum e um terço pelas supremas magistraturas ordinária e administrativas. Os juízes da Corte Constitucional são escolhidos entre os magistrados, mesmo aposentados, das jurisdições superiores, ordinárias e administrativas, os professores titulares universitários de matérias jurídicas e os advogados com mais de vinte anos de exercício profissional. Os juízes da Corte Constitucional são nomeados para um período de nove anos, a iniciar desde o dia do juramento, sendo vedada a renomeação.

As atribuições conferidas à Corte Constitucional remetem-se a julgar: as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das Regiões; os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e aqueles entre o Estado e as Regiões, e entre uma e outra região; as acusações movidas contra o Presidente da República e os Ministros (art. 134 da Constituição Italiana de 1947).

Frente a não descrição da Corte Constitucional no Título V da Constituição Italiana de 1947, discute-se na doutrina sua natureza como órgão controlador da constitucionalidade. Neste sentido, há doutrina que comunga do entendimento de que a Corte Constitucional constitui-se em um órgão político, desvinculado do Poder Judiciário, ao contrário da Corte de Kalsruhe da Alemanha, que faz parte daquele poder por disposição taxativa do art. 92 da Lei Fundamental de Bonn¹².

No entanto, vale ressaltar que o entendimento doutrinário preponderante considera a Corte Constitucional como organismo jurisdicional. Tal opinião é sustentada por Livio Paladini (*in Diritto costituzionale*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1995. p. 705), Vezio Crisafulli (*in Commentario breve alla costituzione*. Padova : CEDAM, 1990. p. 796), Guiseppe Di Vergottini (*in Diritto costituzionale*. Padova: CEDAM, 1997. p. 618), Fausto Cuoculo (*in Principi di diritto costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1996. p. 731), Roberto Bin (*in Capire la costituzione*. Roma : Editori La perza, 1998. p. 7) e Gonzales Rivas (*in La justicia constitucional: derecho comparado y español*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1985. p. 59)¹³.

Importa salientar que, ainda que não tenha incluído a Corte Constitucional no Título V, a Carta Magna peninsular de 1947 utiliza expressões jurisdicionais para designar os membros componentes

¹² BONAVIDES, op. cit. p. 310.

¹³ NOBRE JÚNIOR, op. cit.

daquele Tribunal Constitucional (*juízes* – vide arts. 135 e 137), bem como os atos que eles proferem (*julga* – vide art. 134).

Ademais, destacando a natureza jurisdicional da Corte Constitucional, os seus membros submetem-se a uma gama de incompatibilidades e garantias, prerrogativas imprescindíveis à preservação de sua independência funcional, a saber:

De logo, tem-se, de acordo com o art. 135, nº 5, da Lei Fundamental itálica, que a função de juiz constitucional é incompatível com a de parlamentar, de membro de Conselho Regional, com o exercício da atividade de advogado, bem como com qualquer outro cargo ou função indicados em lei. Vale notar que a Lei 87, de 11 de março de 1953, acrescentou, nos seus arts. 7º e 8º, as proibições derivadas do exercício das atividades de comerciante, ou industrial, de qualquer função ou emprego, público ou privado, ou quanto ao desenvolvimento de atividades em associações ou partidos políticos.

Doutro lado, na forma da Lei Constitucional nº 1, de 09 de fevereiro de 1948, com as alterações da Lei Constitucional nº 1, de 11 de março de 1953, os juízes da Corte Constitucional são invioláveis pelas opiniões contidas nos votos, proferidos no desempenho de suas funções, juntamente com a extensão da imunidade, de cunho processual e ante a prisão, conferida pelo art. 68, nº2, da Constituição, aos parlamentares.

De destacar que os diplomas legais citados garantem a impossibilidade de os juízes, no curso do seu mandato, serem removidos, ou suspensos de suas atividades, salvo as hipóteses de incapacidade física ou civil superveniente, ou do cometimento de graves faltas durante o desempenho do mister, a serem apreciadas pela Corte Constitucional, mediante a maioria de dois terços¹⁴.

Após delimitação do órgão julgador, passemos a estudar os modelos de controle de constitucionalidade existentes e aqueles que são adotados nos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano.

3 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso de constitucionalidade, de inspiração advinda do direito norte-americano, remonta à inclusão da cláusula 2ª. (conhecida

¹⁴ NOBRE JUNIOR, op. cit.

como *supremacy clause*) ao art. VI da Constituição Federal dos EUA de 1787, e tem como precedente histórico o julgamento do caso *William Marbury versus James Madison*.

De fato, naquela decisão considerou-se o estabelecimento da competência própria do Poder Judiciário em dizer o Direito, estabelecendo o sentido das leis. Assim, sendo a Constituição uma lei, a qual é dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem. Dessa forma, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento¹⁵.

O controle difuso de constitucionalidade é também conhecido como via de exceção ou defesa, tendo em vista que a parte que o invoca requer ao Poder Judiciário que deixe de cumprir a norma atacada, por conter vício de inconstitucionalidade. Consubstancia por ser um controle concreto de constitucionalidade, já que o questionamento surge diante de um caso real apresentado. A declaração de inconstitucionalidade é incidental, fluindo, portanto, no resultado final da lide apresentada. Trata-se de um controle difuso, já que pode ser instado em qualquer demanda judicial, e o vício de inconstitucionalidade pode ser declarado por qualquer juiz ou Tribunal.

A decisão de Marshall representou a consagração não só da supremacia da Constituição em face das demais normas jurídicas, como também o poder dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias aos preceitos constitucionais. Neste diapasão, considerou-se que a interpretação das leis era uma atividade específica dos juízes e que, exurgindo uma lei inconstitucional, o juiz deve aplicar outra norma ao caso concreto, evitando, portanto, a aplicação do dispositivo maculado pelo vício da inconstitucionalidade. Assim, tal importante precedente de cunho do juiz John Marshall, serviu de paradigma para consolidar o sistema judicial do controle de constitucionalidade das leis, que entrou para história do direito constitucional, servindo de modelo e referencial obrigatório para muitos países da América e, inclusive, da Europa¹⁶.

O ordenamento jurídico brasileiro aderiu ao sistema de controle de constitucionalidade na modalidade difusa desde a Constituição de 1891, não obstante também aceitar o controle concentrado de constitucionalidade. Por isso, podemos dizer que o sistema de controle

15 CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1984. p. 77.

16 CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 269-270.

de constitucionalidade brasileiro é híbrido ou misto, por congrega ambas as modalidades de controle.

Neste diapasão, o objeto de controle de constitucionalidade refere-se a qualquer lei ou ato de indiscutível caráter normativo contrário à Constituição (via de exceção ou defesa – declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*). A competência para exercer o controle difuso de constitucionalidade recai sobre juízes e tribunais, nos processos de sua competência (art. 97, CF); o STF também o pratica, em sede de recurso extraordinário (art. 102, III, “a”, “b” e “c”, da CF) e de recurso ordinário ou quando aprecia a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos que se tenham fundado em decisões recorridas. A legitimidade ativa para questionar a constitucionalidade das leis é incumbida a qualquer pessoa física ou jurídica, no caso concreto ou ainda ao Ministério Público atuante na demanda em concreto. A declaração de inconstitucionalidade pode ser declarada pelo juízo monocrático, de modo incidental ou pelo Juízo colegiado (Tribunal), por maioria absoluta dos membros do Tribunal ou Órgão Especial, de acordo com o Regimento Interno (art. 97 da CF).

O sistema jurídico italiano, diferentemente do brasileiro, não se subsume ao controle difuso de constitucionalidade, na medida em que atribui aos juízes somente a obediência às leis (art. 101, segunda parte, da Constituição Italiana de 1947). Nesse sentido, a tarefa de verificar a constitucionalidade de uma lei, no caso concreto, não se destina aos juízes e sim à Corte Constitucional.

Ainda que se entenda que a Constituição seja uma lei, o próprio texto constitucional italiano atribui aos juízes à subsunção das leis ordinárias e não à suprema. Portanto, o juiz que, diante de um caso concreto, se depara com uma questão levantada por uma das partes sobre a inconstitucionalidade de uma norma, não poderá deixar de aplicá-la, por entender que seja confrontante com a Constituição. Neste diapasão, caso entenda realmente presente o vício de inconstitucionalidade, deve suspender o feito e submeter a demanda à Corte Constitucional para que ali se faça tal controle.

No entanto, importa mencionar que, mesmo com a vigência da Constituição Italiana de 1947, o ordenamento jurídico peninsular esteve algum tempo subsumido ao controle de constitucionalidade realizado na modalidade difusa. Isto porque, o item VII, segunda parte, das Disposições Transitórias e Finais da Constituição Italiana de 1947, era expressa no sentido de que, enquanto não entrasse em funcionamento a Corte Constitucional, as decisões acerca das controvérsias indicadas no art. 134 da Carta Magna seriam efetuadas nas mesmas formas e limites até

então vigorerantes. Ou seja, a aferição da constitucionalidade era realizada pelos juizes e Tribunais frente ao caso concreto apresentado, sendo que a última instância pretoriana era exercida pela Corte de Cassação. Somente em 1956 é que veio a instalar-se a Corte Constitucional e o controle de constitucionalidade passou a ser realizado de forma concentrada nesse Tribunal, excluindo os outros juizes do mister de aferição quanto a quaisquer incidentes de inconstitucionalidade eventualmente levantados.

4 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle concentrado de constitucionalidade, também conhecido como sistema “austríaco”, dada a forte influência do grande jurista daquele país, Hans Kelsen, veio a se contrapor à ideia de que qualquer juiz ou Tribunal pudesse fazer a aferição de constitucionalidade de uma norma, devendo tal tarefa ser atribuída a somente um órgão jurisdicional com tal competência.

Com efeito, a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de quaisquer outros. Esse tipo comporta uma grande variedade de subtipos, na medida em que pode ser um órgão da jurisdição ordinária (ex.: Tribunal Supremo) ou mesmo um órgão criado somente para esse fim (ex.: Tribunal Constitucional)¹⁷.

O projeto de Kelsen se concretizou com a edição da Constituição da Áustria de 1920, a qual incorporou as ideias do mestre de Viena, atribuindo o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais a um Tribunal Constitucional criado para esse desiderato, realizado de forma concentrada.

Além da ideia de concentração em um órgão incumbido somente para aferição de constitucionalidade das normas, Kelsen preconizava que tal controle não adentraria na questão processual judicializada, ou seja, não pugna por aplicar a jurisdição ao caso concreto. A atuação do Tribunal Constitucional se restringiria a apreciar, em abstrato, a adequação da lei aos preceitos constitucionais.

Tal sistema de controle de constitucionalidade ganhou força no contexto dos ordenamentos jurídicos europeus ao longo do século XX, os quais não aceitavam a ideia de justiça constitucional preconizada pelo sistema americano (difuso). Isso porque, na Europa, o constitucionalismo não estava arraigado em um ordenamento jurídico de cunho ideológico

¹⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 898.

homogêneo (como o norte americano), tendo em vista que se trata de continente com culturas e sociedades muito distintas.

Como dantes comentado, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade foi majoritariamente aderido por grande parte dos países europeus e levantou-se uma discussão do motivo pelo qual tais nações não seguiram o sistema de controle difuso de constitucionalidade, até então existente. Uma das razões apontadas é que o controle concentrado de constitucionalidade está vinculado ao sistema da *civil law*, de origem romanística, ao qual se adequam grande parte dos ordenamentos jurídicos dos países europeus em comento. Neste contexto, não aceitam o princípio do *stare decisis*, que é típico dos países regidos pela *common law*, cuja adoção derrocaria na situação de insegurança jurídica e conflito entre juízes e Tribunais, na medida em que uma mesma lei poderia ser considerada constitucional por algum magistrado ou pretório e, inversamente, ser julgada inconstitucional por outro magistrado ou tribunal. Ademais, a ausência de aceitação do *stare decisis* poderia propiciar uma multiplicidade de demandas, tendo em vista que, ainda que declarada reiteradamente a inconstitucionalidade de uma lei, será sempre necessário que alguém interessado neste mesmo pronunciamento proponha nova demanda em juízo, submetendo a mesma lei a uma nova apreciação judicial, sob o ponto de vista constitucional¹⁸.

O controle concentrado de constitucionalidade tem por escopo a verificação de lei ou ato normativo que sejam dotados de generalidade e abstração. Neste sentido, é também conhecido como controle abstrato de constitucionalidade. No Brasil, tal verificação de constitucionalidade somente está a cargo do Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário nacional e guardião da Constituição (art. 102, da CF).

Estudando a evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, denota-se que a Constituição de 1946 sofreu uma emenda constitucional importante em 26 de novembro de 1965, a de número 16, que criou o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, a qual tinha por objetivo apreciar a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual.

Portanto, a partir dessa Emenda Constitucional nº 16/65, o sistema de controle de constitucionalidade pátrio passou a conviver com a modalidade difusa e concentrada de aferição de qualquer mácula de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo infringente da Constituição

18 CAPPELLETTI, op. cit., p. 76 e ss.

vigente. Desde então, em cenário que perdura até os dias atuais, podemos concluir que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é híbrido ou misto, por congrega ambas modalidades de controle.

A Constituição Brasileira de 1988 pode ser considerada como uma das mais avançadas, no que tange à matéria de fiscalização concentrada da constitucionalidade das leis e atos normativos¹⁹. No cenário constitucional brasileiro atual, existem vários mecanismos processuais para feitura do controle concentrado de constitucionalidade, valendo destacar: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Representação Interventiva.

No trabalho realizado, dado seu desiderato de síntese e no escopo de trazer pontos de intersecção ou discrepância com o sistema constitucional italiano, não nos aprofundaremos em cada uma dessas ações constitucionais, mas traremos conceitos gerais para entendimento do tema e análise do direito comparado. Em linhas gerais, constata-se que as ações constitucionais dantes comentadas são exercidas pela via principal, ou seja, não necessitam de um caso concreto para provocação do Pretório Excelso a fim de que se realize a análise da constitucionalidade ou não de determinada norma.

Com efeito, o controle concentrado de constitucionalidade na Itália, teve forte inspiração no sistema austríaco, preconizado por Hans Kelsen. Em sua versão original, com a Constituição da Áustria de 1920, denota-se que a declaração de inconstitucionalidade dependia exclusivamente de um pedido especial (*Antrag*), deduzido no bojo de uma ação especial, a qual só podia ser proposta por alguns órgãos políticos legitimados, quais sejam, o Governo Federal (*Bundesregierung*), tratando-se de pedir o controle de constitucionalidade das leis dos *Länder* (*Landesregierungen*) cuidando-se de controle das leis federais e, com a revisão constitucional de 1975, a legitimada foi ampliada para um terço dos Parlamentares. A revisão constitucional de 1929, veio a ampliar o rol de legitimados a provocar a jurisdição constitucional concentrada do Tribunal Constitucional, quem também passou a ser desempenhada pela *Oberster Gerichtshof* (Corte Suprema para as causas cíveis e penais) e o *Verwaltungsgerichtshof* (Corte Suprema para as causas administrativas). Tais órgãos jurisdicionais podem provocar o controle de constitucionalidade mediante via incidental, na eventualidade do questionamento de tal circunstância surgida no caso concreto.

19 BULOS, op. cit., p. 122.

Por outro lado, aqueles outros órgãos previstos na Constituição da Áustria de 1920, afora o caso da revisão constitucional de 1929, são competentes para provocar o controle de constitucionalidade mediante via principal²⁰.

O ordenamento jurídico italiano, regido pela Constituição de 1948, bem como pelas Leis Constitucionais nº 01/1948 e 87/1953, veio a aperfeiçoar o sistema austríaco, dantes descrito, permitindo que, diante de um caso concreto ajuizado, qualquer das partes, ou juiz (seja ele ordinário ou administrativo) e o Ministério Público suscitem o incidente de constitucionalidade de norma aplicável ao processo em comento.

Portanto, os juízes e tribunais, seja em que grau de jurisdição for, tem o poder-dever de suscitar à Corte Constitucional a discussão sobre a constitucionalidade de determinada lei questionada em demanda ajuizada, devendo fazê-lo em autos próprios (autos de remissão) e suspender o andamento do processo sob sua direção.

É imperioso ressaltar que para que o juiz ou tribunal remeta o incidente de constitucionalidade para apreciação da Corte Constitucional e ao mesmo tempo suspenda o processo em trâmite, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos, quais sejam:

- a) relevância do tema enfocado para o desenlace do litígio;
- b) não se apresentar manifestamente infundada a arguição, porquanto não se justifica a provocação da Corte Constitucional quando a lei em tela se revela, de maneira indiscutível, em compasso com a Lei Mor;
- c) haver, de acordo com o art. 1º da Lei 01/48, ratificado pelo art. 23 da Lei 87/53, a impugnação tido lugar “*nel corso di un giudizio*” (no curso de um juízo) e diante de uma “*autorità giurisdizionale*” (autoridade jurisdicional)²¹.

Por fim, sobreleva notar que nem sempre diante de uma arguição de inconstitucionalidade estará obrigado a remeter a questão à Corte Constitucional. Isto porque é possível que a lei inquinada de ilegítima pode permitir interpretação que se coadune com o texto maior. Assim,

²⁰ CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 284-285.

²¹ NOBRE JÚNIOR, op. cit.

os juízes poderão, sempre que possível, dar à lei ou ato normativo interpretação conforme à Constituição, hipótese em que restará afastada a arguição de inconstitucionalidade.

5 EFEITOS DAS DECISÕES

Convém, enfim, analisar os modelos brasileiro e italiano sob a ótica dos efeitos conferidos às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

No Brasil, quanto à questão processual, a inviabilidade da ação direta é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento de pedido cautelar ou do mérito, pelo Relator, em se tratando de inicial inepta ou sem fundamentação, ou de pedido manifestamente improcedente.²² Julgando o mérito, em regra, a decisão judicial que reconhece como inconstitucional uma lei possui natureza declaratória, razão pela qual seus efeitos retroagem (*ex tunc*).

Apenas excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá conferir à decisão eficácia após o trânsito em julgado (*ex nunc*) ou em determinado momento que vier a determinar. Isso ocorrerá quando presente a necessidade de resguardar efeitos já produzidos ao tempo em que vigeu a lei ilegítima, por razões de segurança jurídica ou relevante interesse social.²³

Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, no Brasil, variam conforme o tipo de controle exercido sobre a norma. No controle concentrado, em regra, a decisão do STF possui efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, expurgando de imediato o ato normativo do ordenamento jurídico, sem que para tanto seja necessário o pronunciamento do Senado. No controle difuso, os efeitos de tal declaração se dão *inter partes* e *ex tunc*. Neste último, somente após a suspensão, pelo Senado, da execução do ato normativo, tal decisão terá eficácia *erga omnes* e *ex nunc*.

É de se notar que, com as recentes reformas constitucionais e legislativas ocorridas no Brasil, tocantes à da súmula vinculante, repercussão geral e efetividade das decisões do STF, o controle difuso passa a ter contornos mais gerais, aproximando-se em seus efeitos do controle concentrado. Trata-se de movimento doutrinário conhecido como “objetivação do recurso extraordinário”, o qual encontra amparo no entendimento do Ministro Gilmar Mendes, responsável pela edição

²² Vide arts. 4º, p. único, e 15, p. único, da Lei 9.868/99 e art. 4º, §2º, da Lei 9.882/99.

²³ Vide art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 11 da Lei n. 9.882/99.

da Emenda nº 12 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, publicada no DJ de 17.12.2003²⁴.

Quanto aos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade, há também que se distinguir, nas decisões da Corte Constitucional italiana, aquelas que examinam o mérito da questão posta (*sentenze*), e aquelas que tratam de matéria meramente processual (*ordinanze*). Estas últimas são dotadas de procedimentos mais simples, ocorrendo a deliberação em câmara, sem necessidade de audiência pública. Aqui, não se adentra no mérito da discussão constitucional, por diversos motivos, tais como não ser a norma atacada dotada de força de lei; ser irrelevante o questionamento; não ser o órgão suscitante legitimado; a arguição de inconstitucionalidade for manifestamente infundada.

Nas decisões que analisam o mérito, temos que aquelas que declaram a inconstitucionalidade da norma impugnada (*sentenze d'acoglimento*), em regra, por força do artigo 136 da Constituição peninsular, são dotadas de aplicação imediata, fazendo cessar os efeitos da norma declarada inconstitucional já no dia seguinte à publicação da decisão²⁵.

Contudo, muito embora se possa inferir eu tais efeitos da decisão sejam aplicados apenas para o futuro, na verdade a sua aplicação é mais abrangente, alcançando inclusive relações jurídicas outras, não abrangidas pela coisa julgada.

Pelos dispositivos referidos, salta a aparência de que os efeitos da sentença da Corte são *ex nunc*, isto é, desde o momento de sua pronúncia, tendendo valer apenas para o futuro. Todavia, a interpretação que àqueles vem sendo conferida é mais elástica, de modo que a cessação de eficácia do dispositivo ilegítimo se dá não só ante o processo suspenso perante o juiz *a quo*, mas perante todas as relações jurídicas pendentes antes da decisão, quer sejam objeto de processo em curso ou não. Ressalvam-se apenas as situações cujos efeitos já se encontram exauridos, tais como as abrangidas pelas sentenças passadas em julgado (*sentenza* 74/1980), os atos administrativos definitivos, ou os casos nos quais certa faculdade se acha prejudicada pela ocorrência dos termos de prescrição ou de decadência (*sentenza* 127/1966). Deixa-se entrever,

²⁴ MADDOZ, Wagner Amorim. O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais. *Revista de Processo*. São Paulo. RT, 2005, n. 119, p.75-76: "O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde)".

²⁵ Nesse sentido também o art. 30, n. 3, da Lei 87/53.

assim, laivos de retroatividade na paralisação das conseqüências da norma inconstitucional.

Por essa razão, ALESSANDRO PIZZORUSSO aponta que os efeitos de tais decisões não podem ser descritos

Falando de efeitos *ex tunc* (retroativos), ou de efeitos *ex nunc* ou pro futuro; a sentença será eficaz frente a todas aquelas relações (anteriores ou posteriores à sua publicação), nas quais a disposição, ou norma declarada inconstitucional, pudesse ser objeto de aplicação.

Merece o cuidado, é bom que não se esqueça, a previsão contida no art. 30 da Lei 87/53, estabelecendo uma importante previsão quanto à abrangência das *sentenze d'accoglimento* no campo penal, de sorte que, em se tratando de decisão que beneficie o condenado, surtirá aplicação mesmo em havendo trânsito em julgado.²⁶

Decidindo a Corte Constitucional, em via principal ou incidente, ser a norma ilegítima frente à Constituição, a decisão terá efeito *erga omnes*.

6 CONCLUSÕES

Ao analisarmos os controles de constitucionalidade nos sistemas jurídicos brasileiro e italiano, podemos observar que o sistema brasileiro é fruto da junção dos diversos tipos de controle, com eficiência singular. O sistema é bem estruturado na constituição, consagrando o sistema preventivo, o controle concreto, o abstrato, inconstitucionalidade por omissão, inconstitucionalidade interventiva.

Entretanto, a difusão de decisões acerca da constitucionalidade, muitas vezes díspares e inconsistentes, oriundas dos diversos órgãos jurisdicionais, implica a necessidade de esgotamento dos recursos e resulta em que uma infinidade de casos sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal. Tal fenômeno acabou por sobrecarregar o Pretório Excelso, tornando-o moroso e comprometendo sua eficiência.

Em reação a esse quadro, em face das recentes inovações trazidas pela súmula vinculante, repercussão geral e efetividade das decisões da Suprema Corte, nota-se um esforço de reformulação do nosso sistema difuso, para um modelo um pouco mais concentrado, visando maior segurança jurídica e fortalecimento institucional.

²⁶ NOBRE JÚNIOR, op. cit.

Nesse processo, a compreensão do sistema italiano de controle de constitucionalidade se revela bastante útil, dadas as suas características peculiares, as quais entendemos, dão mais coerência e unicidade à interpretação do direito constitucional, trazendo mais eficiência e segurança jurídica às decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1984.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

MADOZ, Wagner Amorim. *O recurso extraordinário interposto de decisão de Juizados Especiais Federais*. Revista de Processo. São Paulo. RT, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de constitucionalidade: modelos brasileiro e italiano: breve análise comparativa. *Revista Esmafe*: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n. 1, p. 183-217, jan. 2001. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27365>>. Acesso em: 16 set. 2012.

A CONSTRUÇÃO DA SAÚDE NA ITÁLIA E NO BRASIL: UMA ANÁLISE DOS LIMITES DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE

*HEALTH BUILDING IN ITALY AND IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE
LIMITS OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE
OF INTEGRITY*

*Camilla Japiassu Dorés
Advogada da União
Pós-Graduada (FESMPDFT)
Mestranda em Direito (UniCEUB/DF)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Construção do Direito à Saúde na Itália e no Brasil: Controle, Exclusão e Esperança; 2 Os Limites do Direito à Saúde à Luz do Princípio da Integridade; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho procura mapear a construção do sistema de saúde no Brasil e na Itália, bem como delinear os limites do direito à saúde nos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano. Ademais, busca discutir a forma como as demandas envolvendo o direito à saúde são levadas à análise do Poder Judiciário, sobretudo o brasileiro, valendo-se, para a discussão, do princípio da integridade de Ronald Dworkin, o qual pressupõe o tratamento de todos os cidadãos com igual respeito e consideração por parte do Estado e reconhece a dimensão moral e política do Direito e da própria função judicial responsável por sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Princípio da Integridade. Função Judicial. Aplicação. Dimensão Moral e Política.

ABSTRACT: The work seeks to map the health system construction in Brazil and in Italy, as well as to delineate the limits of the right to health in the Brazilian and Italian legal systems. Furthermore, it seeks to discuss how the demands involving the right to health are brought to the analysis of the judiciary, especially the Brazilian, and drawing upon of the principle of the integrity of Ronald Dworkin, which assumes the treatment of all citizens with equal respect and consideration on the part of the State and recognize the moral and political dimension of law and judicial function itself responsible for its application.

KEYWORDS: Right to Health. Principle of Integrity. Judicial Function. Application. Moral and Political Dimension.

INTRODUÇÃO

Embora os sistemas jurídicos constitucionais brasileiro e italiano sejam de tradição romano-germânica, desde a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, ganhou força a leitura principiológica do direito constitucional, do mesmo modo que aconteceu com a Constituição italiana de 1948 e, com isso, teorias da decisão judicial elaboradas com base na tradição anglo-americana (*common law*), como a de Ronald Dworkin, provocaram novas reflexões acerca da jurisdição constitucional. Esse cenário recolocou o Poder Judiciário em cena não somente como aplicador do direito, mas como realizador de direitos. De fato, ao analisar os chamados *hard cases*¹, sobretudo o Judiciário brasileiro precisou atuar de maneira mais incisiva, às vezes corrigindo a atividade dos demais poderes, como o Executivo e o Legislativo.

Destarte, vive-se na fase do *Judge Made Law*². Uma fase em que não só a lei constitui o Direito, uma vez que os juízes não mais são tidos como simples porta-vozes, indicadores das normas, mas intérpretes últimos da Constituição, permeada de normas-regras e normas-princípios, estes últimos caracterizados pelo seu conteúdo aberto.

Nesse contexto, questiona-se até que ponto o Poder Judiciário, a pretexto de assegurar a observância dos princípios constitucionais, pode tomar decisões políticas diferentes das opções realizadas pelo Executivo e Legislativo.

Analisando as possibilidades e os limites da prática judicial norte-americana, Dworkin resgata o desejo de construção de uma sociedade mais igualitária por meio de um direito que não se resume à análise da legalidade, pois também possui uma dimensão moral e política. Mostramos que a aplicação do direito não é neutra ou apolítica. Os juízes não estão alheios ao processo de criação do direito, pois toda vez que o aplicam o constroem. Isso não significa atribuir aos juízes o poder discricionário de fazer o direito em casos em que este não se encontra disponível no sistema legal, mas, sim, reconhecer que os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação.

1 Na definição de Ronald Dworkin, os “casos difíceis” são aqueles que não podem ser submetidos a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição. Porém, mesmo nessas hipóteses, uma das partes permanece possuindo o direito de ganhar a causa e o juiz, por seu turno, continua tendo o dever de descobri-lo (o direito da parte vencedora), e não de inventá-lo retroativamente. (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 110).

2 GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 32.

1 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA ITÁLIA E NO BRASIL: CONTROLE, EXCLUSÃO E ESPERANÇA

O paradigma do Estado Liberal inaugura o constitucionalismo moderno. Com suas bases nas ideias iluministas, segue uma lógica formal centrada na autonomia individual e na intervenção mínima do Estado. Nesse contexto de aparente neutralidade estatal, não há espaço para um direito à saúde, mas apenas a liberdade para adquirir os serviços de saúde.

O fracasso do modelo constitucional liberal levou ao desenvolvimento do Estado Social, identificado com as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Esse novo modelo de Estado decorre da premente necessidade de corrigir os abusos que a concepção de igualdade formal permitiu, no intuito de garantir a materialização dos direitos de liberdade e igualdade. Dessa forma, surgem os chamados direitos de segunda dimensão, isto é, os direitos sociais, que demandam uma ação positiva do Estado, mediante a elaboração de políticas públicas prestacionais para a sua satisfação, desviando o foco de análise da esfera legislativa do Estado para a sua esfera executiva.

O Estado Democrático de Direito surge como resposta à crescente crise de legitimação do Estado Social, oriunda do aumento exacerbado da atuação estatal, que culminou na redução dos indivíduos à condição de clientes do Estado. Os cidadãos passaram a ser um objeto da tutela estatal. O constitucionalismo social se depara atualmente com diversos desafios relacionados à cidadania, à democracia e à dicotomia público/privado, com o surgimento de novas categorias de direitos que se distanciam dessa antiga oposição. Hoje, portanto, não se fala em direitos negativos e direitos positivos. Há uma imbricação inevitável, visto que todos os direitos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los.

A expressão do direito à saúde na Itália é observada, inicialmente, como um direito à assistência em um modelo de solidariedade mútua fundamentado na tradição societária de socorro mútuo, criada pelos operários italianos diante da nova realidade urbana industrial dos séculos XVIII e XIX. Atraídos pelas novas oportunidades de trabalho, os homens do campo migraram com suas famílias para a cidade em busca de novas oportunidades, e, ao chegar, descobriram-se objetos de produção exploratória sem direito a salários justos, e sem direito a proteção contra doenças, invalidez, maternidade, incapacidade para o trabalho e velhice.

Ao final do século XIX, o Estado conferiu personalidade jurídica às associações de socorro mútuo, valendo-se do argumento de que a saúde é um bem comum e assim o sendo deve estar submetida a um

efetivo controle. Posteriormente, esse modelo de autogestão foi encerrado e criou-se o sistema previdenciário e assistencial de caixas mútuas. A seguridade, até então facultativa, foi substituída pela seguridade obrigatória por meio de duas prerrogativas: uma iniciativa cooperativa com base na contribuição voluntária dos trabalhadores associados e outra corporativa proveniente das contratações de trabalho e expressa em contribuições equivalentes entre trabalhador e patrão.³

Após a segunda guerra mundial, em dezembro de 1947, a Constituição Italiana foi promulgada, cujo artigo 32 estabelece que: “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamento gratuito aos indigentes [...]”.⁴

Nesse contexto, verifica-se a eclosão de uma ampla mobilização social para uma Reforma Sanitária. Essa reforma resultou na criação do “*Servizio Sanitario Nazionale SSN*”, regulamentado por meio da Lei nº 833/78, comprometido com uma moderna consciência sanitária, com base em um ideário democrático social, com uma proposta de universalizar o acesso e descentralizar a atenção à saúde, representando, assim, um avanço para os setores mais frágeis da sociedade italiana. Esse novo ideal estava consubstanciado no direito, saúde e garantia de assistência a todos, cujos princípios doutrinários podem ser sintetizados em: globalidade, igualdade, universalidade e unicidade. O país havia conseguido finalmente romper com o mutualismo e instituir um sistema de saúde que se mostra comprometido com a cidadania plena como direito universal, e, desse modo, com o direito universal à saúde.

Todavia, o cenário italiano nos anos 1980, como os demais cenários de sociedades ocidentais, foi marcado por um expressivo aumento de demanda de necessidades e nos custos dos cuidados em saúde. O Estado escolheu o caminho de contenção de despesas, norteados pela percepção de que a garantia do direito à saúde estaria na dependência de redução de custos. Destarte, o governo italiano criou um sistema de coparticipação da sociedade com base no argumento da necessidade de incrementar o financiamento do SSN. Foi instituído o *ticket*, por meio do qual o cuidado de média complexidade passou a ser pago pela sociedade para garantir a gratuidade do cuidado de cidadãos de baixa renda a fim de assegurar a equidade do sistema.⁵

3 COSMACINI, G. *Storia della medicina e della sanità in Italia*. Roma: Laterza, 2005. p. 18.

4 REPUBBLICA ITALIANA. *La Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma, 1947.

5 CAVICCHI, I. *La sanità*. Bari: Dédalo, 2005. p. 45.

Fundou-se, em 1992, por meio da Reforma *De Lorenzo Garavaglia* um novo modelo de gestão sanitária – *aziendalizzazione* – como fruto da percepção estatal de que a garantia do direito universal à saúde estaria na dependência dessa adequação. A partir desse modelo, o sistema privado tornara-se um grande parceiro do Estado, estabelecendo a regionalização do sistema de saúde.⁶

Nada obstante, as dificuldades persistiram, dando origem à terceira reforma – *Riforma Bindi* –, que determinou normas para a racionalização do SSN, a fim de assegurar o direito universal à saúde.

A Constituição da República Italiana de 1948, vigente ainda nos dias de hoje, notadamente foi a primeira Constituição no mundo a reconhecer a saúde como um direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, conforme dispõe seu artigo 32.

Com efeito, a saúde possui um papel de destaque no ordenamento jurídico italiano, apresentando-se como um direito primário, entendendo-se que na relação hierárquica entre os direitos, este se põe em uma posição de supremacia em relação aos outros. Além disso, apresenta-se também como absoluto, onde a tutela desse direito prevalece em relação aos outros direitos e é garantida, especialmente, nos confrontos da administração pública.

Destarte, são previstas não apenas intervenções diretas ao tratamento e cura, mas também a prevenção das doenças e o respeito à liberdade de cada cidadão pela busca adequada de tratamentos de saúde. Nessa perspectiva o conceito de *diritto alla salute* se estende ao direito a um ambiente saudável e não degradado, ao uso dos bens de consumo e alimentares que não sejam nocivos e perigosos e a condições de trabalho que respeitem os parâmetros de segurança e de medidas higiênicas requisitadas na lei.⁷

No Brasil, o início do estabelecimento de uma saúde do trabalhador se dá na República Velha e passa a ser mais marcante no início da Era Vargas, que trouxe uma centralização das políticas públicas no Ministério da Educação e da Saúde Pública, inaugurado em novembro de 1930⁸.

A Constituição promulgada em 1934 instituiu algumas bases para o desenvolvimento social, com consideráveis repercussões no modelo da medicina social. Esse desenvolvimento, contudo, não atingiu toda

6 CAVICCHI, I. *La sanità*. Bari: Dédalo, 2005. p. 48.

7 BUZZANCA, Adriano. *Tutela urgente alla salute e liste di attesa – Aspetti civili, penali e amministrativi*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 12.

8 BERTOLHI FILHO, Cláudio. *História da Saúde Pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 2001, p. 24.

a população, pois a saúde não era garantida ao cidadão, mas sim ao trabalhador.

A *redemocratização* realizada com o fim da Era Vargas não alterou o perfil das ações do governo no tocante à saúde. Além da permanência das práticas populistas, a política oficial de saúde sofria a forte interferência do *clientelismo*⁹. A Carta Política de 1946, a exemplo das anteriores, não garantiu o direito à saúde, tampouco tratou de forma expressa sobre a matéria. Tal cenário contribuiu para a continuidade e ampliação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP's), que passaram a ser o principal meio de obtenção de serviços de saúde, para o trabalhador regular e seus dependentes. Em face disso, o setor privado da medicina passou a pressionar o governo, buscando uma crescente privatização da prestação do serviço de saúde.¹⁰

Dessa forma, durante o governo de Getúlio Vargas e de Juscelino Kubistchek, foi ampliada a estrutura das IPA's, especialmente da rede hospitalar, verificando-se a construção da maior parte dos atuais hospitais públicos brasileiros. Esse quadro contribuiu para que, mais uma vez, grande parte da população continuasse desassistida, sem acesso às obras de saneamento e prevenção.

No período da ditadura militar, assistiu-se à tentativa de mudança do modelo de assistência médico-previdenciária. Em 1967, os IPA's foram concentrados em um único órgão, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o qual foi responsável pelo fim da segmentação e a unificação institucional. No entanto, a universalização dos serviços de saúde ainda estava distante, visto que a atuação de grupos privados na área de saúde ainda era expressiva, persistindo até a década de 70.

O modelo médico-assistencial então mantido pela ditadura implicou na sujeição da prestação do serviço de saúde a limitações econômicas e, por conseguinte, na exclusão de uma série de cidadãos, que ficavam entregues à caridade pública, geralmente realizada pelas Santas Casas¹¹.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde, cuja implementação deve observar os critérios da universalidade, igualdade e integralidade¹², está longe de ser assegurado, de forma

9 Com essa prática, "os partidos ou líderes políticos trocavam ambulâncias, leitos hospitalares, profissionais de saúde e vacinas – muitas vezes em números bem superiores à demanda de uma região – por votos e apoio nas épocas eleitorais." (Ibid., p. 41).

10 BERTOLHI, FILHO, op. cit., p. 43.

11 CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do Direito Sanitário Brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório. *Direito sanitário e saúde pública*: coletânea de textos. Vol. I. Brasília: Editora MS, 2003, p. 384.

12 "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços

minimamente satisfatória, a todos os cidadãos. Como consectário da dignidade da pessoa humana e objetivo constitucional fundamental, tem-se que sua implementação imediata, por intermédio de políticas públicas eficientes, é imposição constitucional, alheia à esfera de discricionariedade dos poderes legislativo e executivo.

O Estado Democrático de Direito, cuja Constituição Federal prevê como um dos objetivos fundamentais promover uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, identificado pela prevalência dos direitos humanos e pela cooperação entre os povos pelo progresso da humanidade, encontra-se imerso em dilemas para a efetivação das promessas constitucionais. Nesse sentido, leciona Jose Luis Bolzan de Moraes:

Um projeto estatal que se vê confrontado com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo, na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e, de outro lado, delimitado com as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista que, não mais podendo excluir totalmente, estabelece limites às possibilidades de concretização de um tal projeto. Ou seja, vive-se sobre a dualidade: política de inclusão vs. economia de exclusão ou, no limite, de semi-inclusão.¹³

Verifica-se, portanto, que ainda nesse modelo estatal convive-se com a aceitação de certo nível de exclusão, ou seja, um determinado arranjo cujo preço para que uns vivam bem é o perecimento de outros. Há uma margem intransponível de segregação econômica, em que muitas promessas modernas não são usufruídas por uma relevante parcela da população, como é o caso dos serviços de saúde.

Com efeito, o Sistema Único de Saúde e a Constituição de 1988, em seu artigo 196, acolheram duas concepções produzidas nos embates pré-constituintes pelo chamado movimento sanitaria. ¹⁴ Em primeiro

para sua promoção, proteção e recuperação.” (Constituição da República Federativa Brasileira de 1988).

13 MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O direito à saúde e os limites do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação stricto sensu em ciência jurídica da Univali*. vol 12, n. 2, jul/dez 2007, p. 251.

14 O movimento sanitaria surgiu na Itália, rompendo com o sistema mutualista até então vigente, e instituiu a saúde como um direito propriamente dito. Ele propunha a democratização das relações entre a sociedade e o sistema de saúde, como posição política aglutinadora. Defendia, outrossim, quatro pontos doutrinários centrais: “i) concepção de saúde como direito universal de cidadania; ii) a compreensão da determinação da saúde e doença pelas relações econômicas e sociais prevalentes; iii) a responsabilidade do Estado na garantia do direito e a necessidade de criar um sistema público unificado de saúde e de livre acesso a toda a população, superando a antiga dicotomia organizacional e de usuários que adivinha

lugar, nota-se que incorporou a compreensão de que a saúde é produto das relações sociais e econômicas de determinada sociedade, por meio da indicação de que as políticas sociais e econômicas devem concorrer para a redução do risco de doença e de outros agravos. Em segundo lugar, ressalta-se uma diretriz de política pública para a garantia de ações e serviços atinentes à saúde – acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O fim dos institutos de previdência, com a implantação do SUS, igualmente, induziu a criação de uma saúde supletiva, que não depende do financiamento do Estado e nem está diretamente subordinada a ele. Ocorreu, entretanto, que a expansão do setor privado se deu à custa da perda de qualidade do setor público, que ainda é a única chance de cura ao alcance da maioria da população. Portanto, essa espécie de universalização excludente é marcada por estratégias individuais ou corporativas de proteção contra riscos, sendo que os excluídos não têm chance de se assegurarem contra eles, ficando sujeitos às prestações públicas estatais de caráter subsidiário.

2 OS LIMITES DO DIRETO À SAÚDE À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE

Em um cenário de recursos escassos, com o aumento da expectativa de vida e o aumento das doenças, é difícil dizer qual é o mínimo de saúde que deve ser assegurado à coletividade. Não se pode oferecer a todos a assistência médica a que os mais ricos têm acesso. Portanto, como decidir qual é o nível de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham? A questão é: quanta inclusão é possível, ou, ao contrário, quanta exclusão se admite no Estado Democrático de Direito?

Dworkin faz um contraponto entre dois princípios que poderiam responder a esse questionamento. O primeiro, o princípio do resgate, diz que devemos gastar tudo que pudermos com a saúde de todos e de cada um dos indivíduos da sociedade até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. Ao concluir que a aplicação desse princípio é inaceitável, sugere a adoção do princípio

da existência separada dos serviços de saúde pública e do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS); e iv) a participação e o controle direto, isto é, o controle social deste sistema unificado por representantes da população e das entidades civis da sociedade.” (PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVÓ, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? In: *Políticas sociais: acompanhamento e análise*. Vinte anos da Constituição Federal. Vol. 1. Ipea., p. 107).

do seguro prudente, que admite certos limites na cobertura universal, não como transigências da justiça, mas como exigidos por ela. O seguro prudente equilibra o valor saúde com outros bens e riscos: presume que as pessoas possuem o direito de escolha quanto ao montante a ser gasto na saúde, para que possam se proteger contra outros riscos, igualmente perigosos e nefastos à vida.¹⁵

Na Itália, a interpretação que é dada ao artigo 32 da Constituição direciona a República à proteção e promoção de um bem, não a casos qualificados pela convergência de interesses individuais e sociais e coletivos, mas à assunto e conteúdo baseados em situações subjetivas ativas, destinadas à concretização calcada na pretensão não simplesmente de conservação, mas também e sobretudo, de promoção por parte do Estado. Desta forma, “in tale prospettiva, è stato rilevato come il perseguimento di una sempre migliore condizione sanitaria della popolazione debba ritenersi come uno degli obiettivi primari che la Costituzione assegna alla Repubblica.”¹⁶

Nesse sentido, a Constituição enquanto referência primordial à República italiana busca tutelar a melhor condição sanitária da sua população e, definitivamente, a orientação prevalente no ordenamento jurídico italiano, compartilhada também com a jurisprudência constitucional, reconhece a articulação do direito à saúde em situação jurídica subjetiva diversa, dependendo da natureza e do tipo de proteção que o ordenamento constitucional assegura aos bens integridade e equilíbrio físico e psíquico da pessoa humana em relação às lides jurídicas. Dessa forma, o artigo 32 encontrará fundamento em uma dúplice posição subjetiva: aquela de um direito de liberdade (liberdade de saúde) e aquela de um direito à prestação (para a tutela da saúde).¹⁷

Verifica-se que a tutela da pessoa e de sua saúde constitui preceito normativo dirigido não só ao legislador como também ao aplicador do Direito, sendo possível observar-se que a Constituição Italiana refere-se a qualquer tipo de tratamento sanitário, não se circunscrevendo

15 Dworkin sugere o ideal do seguro prudente. Esse ideal traz uma interessante hipótese em que “a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos”. Segundo o autor, nessas condições ideais, o que a sociedade gastaria com assistência médica é exatamente a quantia moralmente adequada, e a distribuição de recursos seria justa para tal sociedade, hipótese em que a justiça não exigiria assistência médica a quem não a comprou (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 440).

16 BRESCIANI, Luca. *Tutela della salute*. Pisa: ETS, 1996. p. 2-3.

17 JORIO, Ettore. *Diritto sanitario*. Milano: Guiffrè, 2006. p. 10.

a tratamento médico, de âmbito mais restrito como fazem muitas legislações. A expressão “sanitário” é a que comporta toda e qualquer ação que tenha por objeto a prevenção, promoção e recuperação da saúde, envolvendo não só os atos médicos, por excelência, como aqueles que são ministrados por agentes de saúde, em amplo aspecto.¹⁸

Por outro lado, no Brasil, diante da insatisfação popular quanto à realização das promessas constitucionais e da democratização do acesso ao Poder Judiciário, consolidada antes do texto da Constituição Federal de 1988, a sociedade colocou nas mãos dos juízes uma responsabilidade nova e perigosa: definir a prestação dos serviços de saúde.

Com efeito, predominava, nos tribunais brasileiros, a percepção de que os juízes deviam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador. As prestações sociais, ainda que positivadas no texto constitucional, seriam judicialmente exigíveis tão somente quando o legislador assim determinasse, devido ao cunho programático que era atribuído às normas que consagram os direitos sociais.¹⁹

Esse posicionamento tradicional começa a ser superado, no Brasil, em meados da década de 90, com decisões judiciais que determinaram a entrega de medicamentos para portadores do vírus do HIV.²⁰

Por um lado, proliferam decisões judiciais que condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos irrazoáveis que, muitas vezes, consomem todo o orçamento destinado à saúde daquele Estado ou Município, experimentais ou de eficácia duvidosa, sem qualquer observância ao disposto na Lei nº 8.080/90 (Lei do Sistema Único de Saúde).²¹ Por outro lado, os mesmos tribunais alegam o princípio da reserva do financeiramente possível, a ser analisado à critério da Administração Pública, mediante escolhas que alcancem a maior parte da população, as denominadas escolhas trágicas, para negar a concessão de medicamentos ou tratamentos para as mesmas doenças que um dia foram contempladas em decisões de procedência.²²

18 JORIO, op. cit., p. 12.

19 ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 508.

20 AGRRE 271286/RS. Relator Min. Celso de Mello. DJU 24.11.2000.

21 O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Relator Des. Sérgio Paladino, DJe 18.09.1997, entendeu que o direito à saúde seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente, o custeio de tratamento ainda experimental, nos Estados Unidos, de menor vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de US\$ 163.000,00, embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento da doença, cuja origem é genética.

22 O Tribunal de Justiça de São Paulo negou o tratamento para um paciente menor de idade portador da mesma doença - distrofia muscular progressiva de Duchenne -, alegando observância aos princípios da

O Judiciário brasileiro encontrou uma fórmula cômoda para assumir o protagonismo que lhe ofereceram: fazer valer a palavra dos médicos²³. Após certa hesitação até o início desta década, os juízes têm assumido a postura de obrigar o Estado a custear os tratamentos que os médicos das partes lhe indicam.

A realidade é complexa e o cobertor é curto: quando se cobre a cabeça, descobrem-se os pés. Ou, nas palavras de Holmes e Susteain, “*levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez*”.²⁴ Por isso os juízes devem considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso, mas as implicações decorrentes das decisões para o desenvolvimento do país, ou mesmo, a ações sociais integrativas para o atendimento de pessoas em condições de miserabilidade e o andamento regular da gestão pública.

Parece inevitável que, por mais recursos que se destine à saúde, nunca será possível atender a todas as necessidades de saúde de uma sociedade, isto é, o atendimento sempre implicará em escolhas, que são muitas vezes difíceis em se tratando de um bem tão valioso que é a saúde e a própria vida.

Para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral. Em outros termos, o direito não pode ser neutro em relação à moral, tampouco em relação à política. O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em princípios, sendo o principal o da igualdade, segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.

O autor afirma existirem duas concepções de Estado Democrático de Direito: a centrada no texto legal e a centrada nos direitos²⁵. A concepção centrada no texto legal admite que o Estado Democrático de Direito, para ser considerado como tal, deve assegurar aos seus cidadãos apenas os direitos expressamente previstos em lei.

separação dos poderes e da reserva do financeiramente possível (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Dês. Alves Bevilacqua, Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, DJe 2.12.1997).

23 Além da autoridade do saber médico que, por si só, desestimula qualquer diálogo ou contestação, a formação dos magistrados desestimula qualquer inclinação para o debate com outros saberes. Confunde-se a ideia de independência funcional com autossuficiência, conforme bem registra Boaventura de Sousa Santos: “[...] Finalmente, a última característica da cultura jurídica dominante é confundir independência com individualismo autossuficiente. Significa, basicamente, uma aversão enorme ao trabalho de equipe; uma ausência de gestão por objetivos no tribunal; uma oposição militante à colaboração interdisciplinar; e uma ideia de autossuficiência que não permite aprender com outros saberes.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007, p.70).

24 HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999, p. 94.

25 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 6.

De outro modo, a concepção centrada nos direitos estabelece que, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis. Sob esse prisma, o Poder Público deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o próprio Estado.

Destarte, as leis não são apenas acordos entre os cidadãos para alcançarem uma experiência social pacífica. As leis devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade. Assim, a legitimidade política, a possibilidade de um direito coercitivo, derivaria de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais.

Dworkin adota, por conseguinte, a concepção de Estado Democrático de Direito centrada nos direitos. Sendo assim, o Judiciário não pode estar alheio ao processo de construção e reconstrução do direito, deve sempre proteger os direitos individuais depreendidos do compromisso moral e político que a comunidade assumiu para se constituir como livre e igual. A efetividade dos direitos morais inicia-se com a elaboração das regras pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas é somente com a atuação do Judiciário que os direitos morais serão efetivamente aplicados nos casos concretos.

É nesse sentido que o autor impõe a necessidade do juiz, ao analisar o caso concreto, se mostrar coerente não apenas em relação às normas do sistema jurídico, mas essencialmente em relação aos princípios erigidos pela comunidade política. Na esteira da sua teoria da resposta certa, toda demanda judicial possui uma resposta, devendo ela ser construída de maneira coerente, pela escolha do princípio aplicável ao caso. Assim, o juiz deverá interpretar os argumentos apresentados, levando em consideração não só as regras e os precedentes, mas também os padrões morais da sociedade e suas convicções pessoais, de forma semelhante a um romance em cadeia.²⁶

Em outros termos, a integridade é uma tese interpretativa sobre o Direito, cuja finalidade é apresentar as práticas jurídicas em sua melhor luz, tentando fazer do sistema de direitos e de sua história institucional o melhor que possam ser, na certeza de que, não obstante as divergências que possam surgir sobre qual é a melhor interpretação, é possível chegar, por meio da argumentação, a uma resposta correta, à melhor interpretação dessa prática.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 272-331.

Sob esse prisma, é possível valer-se da integridade para justificar as decisões judiciais a serem proferidas nas demandas que envolvam o direito à saúde, o que não implica na concessão de assistência médica a qualquer custo, uma vez que à sociedade deve ser dada a oportunidade de participar do debate político. A Constituição de um país deve ser interpretada de modo a construí-la e reconstruí-la no tempo e no espaço, a fim de torná-la a melhor possível, isto é, de acordo com os compromissos democráticos e republicanos que resultaram na sua elaboração.

De fato, a Constituição constitui uma comunidade de princípios baseada na fraternidade e, dessa forma, na responsabilidade recíproca dos cidadãos; e a legitimidade de um sistema nesses moldes só pode ser encontrada na igual satisfação dos interesses de todos. Nenhuma comunidade política é legítima se não demonstrar igual consideração pelo destino de todos os seus integrantes.

Em última análise, aceitar a integridade do direito é aceitar a igualdade, a força vinculativa dos direitos fundamentais e, portanto, a ideia menos popular de que proteger esses direitos demandará alguns sacrifícios. Em verdade, o que está em jogo é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros, aqueles que não têm capacidade de mobilização suficiente, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia.

3 CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu tão somente provocar. No contexto contemporâneo, no qual é impossível dar atendimento ilimitado a todos, o princípio da equidade exige que os recursos escassos sejam distribuídos de modo a priorizar a redução ou eliminação de diferenças entre indivíduos que advêm de fatores evitáveis e injustos.

Muitas vezes a dramaticidade das decisões que versam sobre o direito à saúde colocam os juízes numa posição em que a improcedência do pedido do autor simplesmente não é concebido como uma opção. Ao invés de uma massa de indivíduos não identificados sem acesso a recursos que lhe são necessários, pessoas cujos nomes se tornaram conhecidos serão declaradas inelegíveis para um tratamento ou serviços de que necessitam.

Essas “escolhas trágicas”, como são denominadas pela doutrina, são realizadas mediante uma combinação de princípios distributivos nem sempre coerentes, implementados por mecanismos institucionais envolvendo atores políticos e técnicos, pressionados por indivíduos potencialmente beneficiários e pela opinião pública.

No desenvolvimento deste estudo deixamos entremostar nosso entendimento: o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos devido a sua interferência na gestão pública, muitas vezes sem coerência com os precedentes e com os padrões morais da sociedade. Nesse contexto, o princípio da integridade de Dworkin, apesar de ter sido elaborado sob a ótica da prática judicial norte-americana, apresenta-se como uma possível direção a ser seguida pelos magistrados brasileiros e italianos na solução de demandas envolvendo o direito à saúde.

É importante questionar os motivos de termos chegado a essa situação, sobretudo no Brasil. Por que a sequência dos fatos colocou nas mãos dos magistrados a função de decidir entre a vida e a morte, entre a saúde e a doença? A sociedade deve assumir a responsabilidade por suas escolhas, até aquelas mais difíceis, como os casos que envolvem o direito à saúde. A partir do momento que fizemos essas escolhas, os magistrados terão critérios mais claros para agir e poderão compartilhar com a sociedade a responsabilidade por essas decisões. Daí será mais legítimo de nossa parte, cidadãos, cobrar de nossos magistrados que, diante do caso concreto, sigam o caminho “*que parecer-lhe a direção certa em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente.*”²⁷

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BERTOLHI FILHO, Cláudio. *História da Saúde Pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 2001.

BRESCIANI, Luca. *Tutela della salute*. Pisa: ETS, 1996.

BUZZANCA, Adriano. *Tutela urgente alla salute e liste di attesa – Aspetti civili, penali e amministrativi*. Milano: Giuffrè, 2006.

²⁷ DWORKIN, op. cit., p. 150.

CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do Direito Sanitário Brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório. *Direito sanitário e saúde pública: coletânea de textos*, v I. Brasília: MS, 2003.

CAVICCHI, I. *La sanità*. Bari: Dédalo, 2005.

COSMACINI, G. *Storia della medicina e della sanità in Italia*. Roma: Laterza, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

JORIO, Ettore. *Diritto sanitario*. Milano: Guiffirè, 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O direito à saúde e os limites do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação stricto sensu em ciência jurídica da Univali*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2007.

PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? In: *Políticas sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal*. v. 1. Ipea.

REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil, 1988.

REPUBBLICA ITALIANA. *La Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma, 1947.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

Supremo Tribunal Federal. AGRRE 271286/RS. Relator Min. Celso de Mello. DJU 24.11.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18/08/2012.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, 2ª Câmara de Direito Civil. Relator Des. Sérgio Paladino. DJe 18.09.1997. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Alves Bevilacqua. DJe 2.12.1997. Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, DJe 11.11.1997. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.



A FORÇA DOS PRECEDENTES – UMA BREVE ANÁLISE NO DIREITO BRASILEIRO E ITALIANO

*THE POWER OF PRECEDENT – A BRIEF REVIEW ON BRAZILIAN AND
ITALIAN LAW*

*Carlos Henrique Araújo da Silva
Procurador da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Um breve panorama sobre o conceito de precedente; 2 Os reflexos do precedente na aplicação do direito no Brasil; 3 Os reflexos do precedente na aplicação do direito na Itália; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O principal objetivo deste trabalho é demonstrar como o precedente judicial, instituto ligado aos países com tradição anglo-americana, ou *common law*, está presente no ordenamento jurídico de países que não têm originalmente aquela tradição, com foco principal no direito brasileiro e no direito italiano, ambos com forte viés na tradição romano-germânica, conhecido como sistema do *civil law*. Neste sentido, far-se-á um breve relato de casos pontuais que indicam a forte tendência de aplicação do precedente tanto no direito brasileiro quanto no direito italiano.

Mostrar-se-á como as recentes inovações legislativas ocorridas em ambos os países absorveram e englobaram a teoria do precedente em sua normatização, confirmando o entendimento de que está havendo uma forte tendência de fusão dos dois sistemas jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Civil Law. Common Law. Precedente. Direito Brasileiro. Direito Italiano.

ABSTRACT: The main objective of this work is to demonstrate how judicial precedent, institute linked to countries with Anglo-American tradition, or common law, it is present in countries that do not originally have that tradition, with a primary focus in Brazilian law and Italian law, both with strong support in the Roman-Germanic tradition, known as the civil law system. In this sense, it will be presented a brief account of individual cases that indicate a strong trend towards application of precedent both in Brazilian Law as in Italian Law.

It will be demonstrated how recent legislative innovations occurring in both countries absorbed and included the theory of precedent in its regulation, confirming the understanding that there is a strong tendency to merge the two legal systems.

KEYWORDS: Civil Law. Common Law. Precedent. Brazilian Law. Italian Law.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a demonstrar como a tradicional classificação dos sistemas jurídicos do *common law*, presente predominantemente nos países anglo-americanos, e *civil law*, este com presença marcante nos países com tradição romano-germânica, não são sistemas puros, isolados, que não sofrem influência e não influenciam um ao outro.

Como ponto principal, nos debruçaremos sobre a força do precedente, instituto marcadamente presente no *common law*, sobre a legislação brasileira e italiana, países que têm a lei como principal fonte de direito.

Demonstrar-se-á como a força do precedente vem sendo responsável por inovações legislativas em ambos os países, mostrando que ao invés de existirem dois sistemas jurídicos estanques e separados, existe, na verdade, uma justaposição deles, sendo a influência de um dominante, porém, sem excluir características do outro sistema.

Através da análise de alguns dispositivos legais e institutos presentes no direito brasileiro e no direito italiano se mostrará como o precedente vem orientando as decisões judiciais e as alterações legislativas.

1 UM BREVE PANORAMA SOBRE O CONCEITO DE PRECEDENTE

Não há como se falar em Precedente sem citar, pelo menos em linhas gerais, o estudo realizado pelo jurista italiano Michele Taruffo, que se debruçou de forma magistral sobre o tema.

Portanto, antes de adentrar no objeto principal deste artigo, que se propõe a fazer um breve relato sobre a força do precedente nos sistemas brasileiro e italiano, faz-se necessário traçar um panorama genérico do que se entende por precedente.

Existem inúmeros artigos que abordam a teoria esboçada pelo doutrinador italiano, mas pode-se apontar o excelente artigo científico sobre a eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo, elaborado por Rafael Augusto Ferreira Zanatta¹, tratando do assunto de maneira objetiva, direta e sintética, relatando em suas conclusões que o mestre:

¹ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira Zanatta. *A eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo*. Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/315325/A_eficacia_do_precedente_judicial_a_luz_da_da_teorias_geral_do_precedente_de_Michele_Taruffo>. Acesso em: 24 set. 2012.

Ao analisar o ordenamento jurídico italiano, constatou o fenômeno de atribuição de força ao precedente judicial e formulou uma teoria geral do precedente (constituída da doctrine of precedent da common law complementada por correções necessárias de algumas peculiaridades dos sistemas da civil law) capaz de analisar o precedente sob diversas dimensões, sendo elas, a institucional, objetiva, estrutural e da eficácia. A partir dos estudos de Taruffo sobre precedente e jurisprudência, é possível constatar diferenças de caráter quantitativo e qualitativo entre tais institutos. Ao estabelecer tal distinção, Taruffo define o precedente como uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão num caso subsequente em razão da possível analogia entre os fatos dos dois casos. Portanto, jurisprudência e precedente não se confundem, pois neste há determinação da parte da sentença a qual se faz referência por derivar da norma jurídica, ou seja, refere-se à ratio decidendi (regra de direito universalizável da decisão anterior), enquanto que a jurisprudência refere-se a parte da decisão ou ementa que seja citada repetidas vezes como critério de argumentação no processo decisório.

A dimensão da eficácia de Taruffo é aquela que se relaciona à natureza e eficácia da influência que o precedente exercita sobre a decisão de um caso sucessivo.

Os níveis esboçados por Michele Taruffo, apesar de não abranger todas as situações do precedente tal como nos países de tradição anglo-americana, oferece um marco teórico considerável para o exame da existência de diversos tipos de precedentes com distintos níveis de eficácia em ordenamentos com tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil e Itália.

2 OS REFLEXOS DO PRECEDENTE NA APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

Recentemente vem se entendendo que há um processo de “commonlawlização” do direito nacional, tendo em vista que está ocorrendo uma tendência acentuada a valorizar a jurisprudência criativa como fonte de direito.

Esta tendência atinge diretamente o estudo das fontes do direito, uma vez que a lei deixa de ter o papel principal como referência para as decisões judiciais, abrindo espaço para os precedentes, que começam a direcionar e orientar decisões futuras com base em julgados anteriores.

Nota-se, portanto, uma possível fusão do sistema romano-germânico, ou *civil law*, com os elementos do *common law*, de origem anglo-americana, onde se atribui força vinculante ao precedente judicial.

Exemplo deste processo pelo qual vem passando as fontes do direito no sistema judicial pátrio são as recentes reformas introduzidas no Código de Processo Civil², através do sistema dos recursos repetitivos e repercussão geral, presentes perante o Superior Tribunal de Justiça, regulado pelo Artigo 543-C, e perante o Supremo Tribunal Federal, pelo Artigo 543-B, respectivamente.

O Artigo 543-C do Código de Processo Civil se destina a reunir e sobrestar na origem recursos especiais quando conexos em relação à matéria, subindo ao Superior Tribunal de Justiça apenas um ou alguns representativos da controvérsia, e que ensejarão efeito vinculante ou parâmetro ao julgamento dos sobrestados. Veja-se o preceito do caput e do § 1º do artigo da codificação processual civil:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais, até o julgamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

No que concerne ao Artigo 543-B do Código de Processo Civil e seu efeito vinculante, vale trazer à baila texto elucidativo daquela própria corte constitucional, senão vejamos:

Em seguida, em 2006, a repercussão geral foi regulamentada pela Lei nº 11.418, que acrescentou ao CPC os artigos 543-A e 543-B. O primeiro deles estabelece que a decisão que reconhece ou não a repercussão é irrecorrível e que o recurso não deve ser admitido pelo Supremo quando a questão constitucional de que trata a matéria não oferecer repercussão geral.

Também especifica que, para o efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto

2 BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. Assim, serão analisados pelo STF apenas os casos que envolverem questões que não se limitam às partes, mas, sim, repercutem em toda a sociedade.

Entre outros pontos, esse mesmo artigo prevê o efeito *erga omnes* (para todos) e vinculante em RE, dispondo que, negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, os quais serão indeferidos liminarmente, com a exceção de revisão da tese. Além disso, o dispositivo prevê a admissão, pelo relator, da manifestação de terceiros.

Conforme o artigo 543-B, cabe ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos que representam a discussão e encaminhá-los ao Supremo, suspendendo o andamento dos demais processos até o pronunciamento definitivo da Corte. Assim, estabelece a inadmissibilidade automática dos recursos sobrestados, isto é, quando a repercussão geral for negada, os recursos suspensos estarão automaticamente inadmitidos e, após o julgamento de mérito do RE, tais recursos paralisados serão apreciados pelos tribunais, turmas de uniformização ou turmas recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

O Supremo Tribunal Federal poderá cassar ou reformar, liminarmente, decisões contrárias à orientação firmada pela Corte.³

Outro exemplo da forte tendência de valorização do precedente judicial, em nosso país, é a instituição da súmula vinculante, que até a promulgação da Emenda Constitucional Número 45, de 2004, tinha um caráter eminentemente persuasivo.

A súmula vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Também poderá ser revisada ou cancelada pela Suprema Corte, na forma estabelecida em lei.⁴

³ Notícias STF, publicada em 20 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168514>>. Acesso em: 24 set. 2012.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 103-A.

As Súmulas Vinculantes aprovadas pela Corte conferem à decisão o efeito vinculante, devendo a Administração Pública atuar conforme o enunciado da súmula, bem como os juízes e desembargadores do país.

Mais alguns exemplos da forte tendência em atribuir importância acentuada ao precedente judicial são encontrados no digesto processual, em seus artigos 285-A e 518, parágrafo primeiro. Eis o teor dos dispositivos citados:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006)

Nos dois dispositivos legais acima citados, ambos do Código de Processo Civil, percebe-se claramente a influência dos julgados anteriores, naquilo que o jurista italiano Taruffo⁵ chamou de dimensão institucional do precedente. No caso do Artigo 285-A, temos o precedente horizontal, isto é, cogita-se da influência de uma decisão em outras do mesmo nível hierárquico, ao passo que no caso do Artigo 518, parágrafo primeiro, existe o precedente vertical, reflexo da organização hierárquica dos Tribunais.

Por todos os institutos processuais acima referidos, verifica-se uma mudança de paradigma no modelo romano-germânico, ou *civil law*, que tem como fonte principal a lei, com a progressiva insurgência da força do precedente e jurisprudência, atribuindo ao Judiciário um poder outrora pertencente somente ao Poder Legislativo.

5 TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, A. 48, n. 2, p. 411 – 430, Milano: Giuffrè, 1994.

3 OS REFLEXOS DO PRECEDENTE NA APLICAÇÃO DO DIREITO NA ITÁLIA

Passe-se agora a abordagem de alguns aspectos da força do precedente no direito italiano.

Destaca-se inicialmente que o direito italiano, assim como ocorre em vários países latinos, segue a tradição civilista, do direito romano-germânico, ou ainda *civil law*, razão pela qual prevalece a lei como fonte do direito.

Não obstante, há inúmeros registros da influência do efeito vinculante das reiteradas decisões sobre julgados posteriores, tanto que foi na observação do fenômeno em seu país natal, que o multicitado jurista italiano Michele Taruffo deu início a sua teoria geral dos precedentes. Passa-se *incontinenti* aos exemplos.

Na Itália, verifica-se a existência da separação das instâncias, existindo duas altas cortes. Tal como no Brasil, onde existe o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, naquele país há a Corte di Cassazione⁶, como sendo a última instância para a maioria

⁶ In Italia la Corte Suprema di Cassazione è al vertice della giurisdizione ordinaria; tra le principali funzioni che le sono attribuite dalla legge fondamentale sull'ordinamento giudiziario del 30 gennaio 1941 n. 12 (art. 65) vi è quella di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni". Una delle caratteristiche fondamentali della sua missione essenzialmente nomofilattica ed unificatrice, finalizzata ad assicurare la certezza nell'interpretazione della legge (oltre ad emettere sentenze di terzo grado) è costituita dal fatto che, in linea di principio, le disposizioni in vigore non consentono alla Corte di Cassazione di conoscere dei fatti di una causa salvo quando essi risultino dagli atti già acquisiti nel procedimento nelle fasi che precedono il processo e soltanto nella misura in cui sia necessario conoscerli per valutare i rimedi che la legge permette di utilizzare per motivare un ricorso presso la Corte stessa. Il ricorso in Cassazione può essere presentato avverso i provvedimenti emessi dai giudici ordinari nel grado di appello o nel grado unico: i motivi esposti per sostenere il ricorso possono essere, in materia civile, la violazione del diritto materiale (errori in iudicando) o procedurale (errori in procedendo), i vizi della motivazione (mancanza, insufficienza o contraddizione) della sentenza impugnata; o, ancora, i motivi relativi alla giurisdizione. Un regime simile è previsto per il ricorso in Cassazione in materia penale. Quando la Corte rileva uno dei vizi summenzionati, ha il potere-dovere non soltanto di cassare la decisione del giudice del grado inferiore, ma anche di enunciare il principio di diritto che il provvedimento impugnato dovrà osservare: principio cui anche il giudice del rinvio non potrà fare a meno di conformarsi quando procederà al riesame dei fatti relativi alla causa. I principi stabiliti dalla Corte di Cassazione non sono, invece, vincolanti per i giudici, in generale, quando questi devono decidere cause diverse, rispetto alle quali la decisione della Corte Suprema può comunque considerarsi un "precedente" influente. In realtà, i giudici delle giurisdizioni inferiori si conformano alle decisioni della Corte di Cassazione nella maggioranza dei casi. Non è necessaria alcuna autorizzazione speciale per presentare un ricorso innanzi alla Corte Suprema. Secondo l'articolo 111 della Costituzione ogni cittadino può ricorrere alla Corte di Cassazione per violazione di legge contro qualunque provvedimento dell'autorità giudiziaria, senza dover esperire alcun appello in materia civile o penale, o contro qualunque provvedimento che limiti la libertà personale. Alla Corte di Cassazione è anche attribuito il compito di stabilire la giurisdizione (vale a dire, di indicare,

das questões cíveis e criminais, e a Corte Costituzionale⁷, que profere decisões sobre as questões constitucionais.

Uma das funções da Corte di Cassazione é aquela de assegurar a exata observância e interpretação uniforme da lei. A uniformização da jurisprudência se dá principalmente através das máximas proferidas por esta Corte, que são publicadas pelo Ufficio de Massimario, após a constatação de uma reiteração na interpretação de uma determinada norma.

Como exemplo da força persuasiva das máximas proferidas pela Corte di Cassazione, pode-se afirmar que uma sentença que contrarie o seu teor pode ser objeto de recurso, podendo ser reformada por aquela Corte.

A Professora Gisele Leite, abordando o tema da importância dos mecanismos de uniformização de jurisprudência⁸, relata o papel da Corte:

Desde 1924, as *massime consolidate* são publicadas pela Corte de Cassação, que representam os extratos das teses consolidadas, após a reiteração uniforme dos julgados, independente de aplicação a um caso concreto. Constitui precedente do qual a corte superior não deve se afastar.

As máximas, extratos de sentenças reiteradas, são determinadas levando-se em conta a reiteração de julgados em determinado sentido, a interpretação adotada está mais adequada com a lei e com o senso comum de justiça. Para que sejam consolidadas, é necessário a obediência a um procedimento especial, não resultante da aplicação de um caso concreto.

quando si crea un conflitto tra il giudice ordinario e quello speciale, italiano o straniero, chi abbia il potere di trattare la causa) e la competenza (vale a dire, di risolvere un conflitto tra due giudici di merito). La Corte di Cassazione svolge anche funzioni non giurisdizionali in materia di elezioni legislative e di referendum popolare per l'abrogazione di leggi. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/Cassazione/Cassazione.asp>> Acesso em 25 de setembro de 2012.

7 In base all'art. 134 della Costituzione, la Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni, sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, su quelli tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni, sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione e sull'ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo (introdotta con la legge costituzionale n. 1 dell'11 marzo 1953). Disponível em: <http://it.wikipedia.org/wiki/Corte_costituzionale_della_Repubblica_Italiana>. Acesso em: 25 set. 2012.

8 LEITE, Gisele. A importância dos mecanismos de uniformização de jurisprudência, incidente de constitucionalidade e da súmula vinculante. Disponível em: <<http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=3126497>> Acesso em: 25 set. 2012.

Desta forma, o ponto relevante da máxima consolidada está em se discutir a questão de direito relativa á interpretação de uma norma jurídica.

Conclui então a Profa. Gisele que procedendo assim, a Corte não necessita apreciar os fatos do caso concreto, mas tão só dirimir divergência acerca do entendimento da lei.

Cita-se agora outro exemplo da força do precedente no direito italiano, que embora tenha ligação direta com o caso tratado em linhas anteriores, é uma inovação legislativa trazida pela Lei 69/2009, que implementou a reforma do Código de Processo Civil naquele país.

Como inovação trazida pela lei acima citada, o legislador introduziu no ordenamento jurídico uma norma que vincula as decisões de mérito a adequar-se à orientação consolidada da Corte di Cassazione, sendo inadmitido o recurso de decisões que estejam em conformidade com o entendimento daquela Corte⁹.

4 CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, percebe-se claramente que não se pode afirmar, como já muito propagado, que há dois sistemas jurídicos, com institutos próprios e isolados entre si.

Verifica-se, ao contrário, uma sobreposição de institutos, podendo dizer que há, hodiernamente, forte influência do *common law* sobre o direito aplicado em países com tradição romano-germânico, como nos casos citados através do presente artigo, onde se demonstrou a influência do precedente nas inovações legislativas ocorridas tanto no Brasil como na Itália.

Ver-se, portanto, que ocorre aquilo que alguns estudiosos vêm chamando de “commonlawlização” do direito em países que aplicam predominantemente o sistema conhecido como *civil law*.

9 MANCUSO, Raffaele. Il precedente giudiziale tra ordinamenti di common law e di civil law. Con la legge 69/2009 tuttavia è avvenuta una rivoluzione nel processo civile, il legislatore ha introdotto nell'ordinamento una norma che vincola i giudici di merito ad adeguarsi all'orientamento consolidato della Cassazione e per contro è inammissibile il ricorso per Cassazione quando il giudice di merito abbia deciso tenendo conto dell'indirizzo costante dei supremi giudici. In sostanza il nostro legislatore ha recuperato un criterio del mondo anglosassone, che consente anche di tagliare i tempi delle cause. In questo modo, i precedenti tratti dalle sentenze anteriori operano come fonte di diritto nel senso più lato e, negli ordinamenti di common law, a tutt'oggi, la maggior parte delle norme è prodotta proprio tramite questo sistema. L'efficacia vincolante della sentenza precedente è limitata alla sola ratio decidendi, ossia agli argomenti essenziali addotti dal giudice per giustificare la decisione del caso a lui sottoposto o, secondo una diversa prospettiva, alla norma giuridica specifica, desumibile dalla sentenza in base alla quale è stata assunta la decisione. Disponível em: < <http://leggedistabilita.diritto.it/docs/32638-il-precedente-giudiziale-tra-ordinamenti-di-common-law-e-di-civil-law#> > Acesso em: 25 set. 2012.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Artigo 103-A.

BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 25 set. 2012.

ITÁLIA. *Corte Costituzionale*. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it/default.do>>. Acesso em: 25 set. 2012.

ITÁLIA. *La Corte di Cassazione*. Disponível em: <<http://www.cortedicassazione.it/>>. Acesso em: 25 set. 2012.

LEITE, Gisele. *A importância dos mecanismos de uniformização de jurisprudência, incidente de constitucionalidade e da súmula vinculante*. Disponível em: <<http://www.giseleleite.prosaeverso.net/visualizar.php?id=3126497>>. Acesso em: 25 set. 2012.

MANCUSO, Raffaele. *Il precedente giudiziale tra ordinamenti di common law e di civil law*. Disponível em: <<http://leggedistabilita.diritto.it/docs/32638-il-precedente-giudiziale-tra-ordinamenti-di-common-law-e-di-civil-law#>>. Acesso em: 25 set. 2012.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, A. 48, n. 2, p. 411 – 430, Milano: Giuffrè, 1994.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira Zanatta. *A eficácia do precedente judicial brasileiro à luz da teoria geral do precedente de Michele Taruffo*. Disponível em: <http://usp-br.academia.edu/RafaelZanatta/Papers/315325/A_eficacia_do_precedente_judicial_a_luz_da_da_teorias_geral_do_precedente_de_Michele_Taruffo>. Acesso em: 25 set. 2012.



**O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL
DURAÇÃO DO PROCESSO E A
RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR
DANOS DECORRENTES DE SUA VIOLAÇÃO.
COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS EUROPEU
/ITALIANO E INTERAMERICANO/BRASILEIRO**

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO REASONABLE LENGTH-OF-
PROCEEDINGS AND LIABILITY OF THE STATE FOR DAMAGES
ARISING FROM ITS VIOLATION. COMPARISON BETWEEN EUROPEAN
/ITALIAN AND INTER-AMERICAN / BRAZILIAN SYSTEMS*

*Erasto Villa-Verde Filho
Procurador do Banco Central
Chefe da Coordenação-Geral de Processos Judiciais Relevantes
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília e em Direito Econômico
e das Empresas pela FGV/Brasília*

SUMÁRIO: Introdução. 1 O princípio da duração razoável do processo; 2 O tratamento do tema na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e na Corte de Estrasburgo; 2.1 Disposições pertinentes da CEDH; 2.2 O Caso Italiano na Corte de Estrasburgo: mudança constitucional e edição da Legge Pinto; 3 O tratamento do tema no Pacto de São José da Costa

Rica e na Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3.1 Disposições pertinentes do Pacto de São José; 3.2 Precedentes da Corte IDH; 4 A reparação de danos decorrentes da desarrazoada duração do processo no Brasil; 4.1 O status constitucional do Pacto de São José; 4.2 A responsabilidade do Estado pela desarrazoada duração do processo na doutrina e na jurisprudência brasileiras; 5 A sujeição do Brasil à jurisdição da Corte IDH; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: O objetivo deste estudo é comparar o tratamento dado por dois sistemas jurídicos, o europeu/italiano e o interamericano/brasileiro, ao tema da responsabilidade civil do Estado por danos causados pela desarrazoada duração do processo. Tanto o sistema europeu quanto o interamericano de proteção aos direitos humanos cuidam do direito fundamental do homem à prestação jurisdicional tempestivamente adequada e asseguram a justa reparação dos danos decorrentes de sua violação. No âmbito do direito interno italiano e brasileiro, em nível constitucional, o princípio da duração razoável do processo tem o mesmo tratamento, mas não no plano infraconstitucional, pois, enquanto na Itália há lei específica que assegura a justa reparação no caso de violação ao princípio (*Legge Pinto*), o Brasil carece de lei que lhe dê conformação e efetividade.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Duração razoável. Indenização. Human rights. Justice.

ABSTRACT: The aim of this study is to compare the treatment given by two legal systems, the European/Italian and Inter-American/Brazilian, to the issue of civil liability of the State for damages caused by the unreasonable length-of-proceedings. Both the European and the Inter-American systems of protection of human rights take care of the fundamental human right to adequate and timely adjudication and ensure fair compensation for damage arising from its violation. Italian and Brazilian domestic laws give the principle of reasonable length-of-proceedings the same treatment at constitutional level, however this is not the case in the infra-constitutional level, because, while in Italy there is a specific law that ensures fair compensation in case of violation of the principle (*Legge Pinto*), Brazil lacks the law to give the principle conformation and effectiveness.

KEYWORDS: Human Rights. Justice. Reasonable Time. Length-of-Proceedings. Liability.

INTRODUÇÃO

Durante o Curso de Introdução ao Direito Europeu do qual participamos, em julho de 2012, na Universidade de Tor Vergata em Roma, despertou nosso especial interesse saber que a Corte Europeia dos Direitos do Homem, por diversas vezes, condenara a Itália a pagar indenizações por danos decorrentes da excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional.

Em decorrência dessas condenações, fundamentadas na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), aquele país alterou a sua Constituição para nela incluir o princípio da duração razoável do processo. Além disso, editou a chamada *Legge Pinto*, que prevê o direito e regula o procedimento destinado à justa reparação em caso de violação do termo razoável do processo.

Desde então, ocorreu-nos a ideia de redigir artigo com o escopo de apresentar sucinta análise comparativa a respeito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes da excessiva duração do processo em dois sistemas jurídicos: de um lado, na Convenção Europeia de Direitos Humanos e no direito interno italiano; de outro, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no ordenamento jurídico do Brasil.

Com esse propósito, cumpre-nos antes definir o objeto da comparação a ser feita, demonstrando a relevância do princípio da duração razoável do processo como pressuposto de eficácia da proteção judiciária, do princípio do Estado de Direito e do postulado da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, o tema será examinado à luz das disposições pertinentes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), tal como aplicadas pela Corte Europeia dos Direitos do Homem (Corte de Estrasburgo). Nessa parte, faremos referência às condenações impostas à Itália por aquele Tribunal em razão da demora exagerada de processos judiciais, que ensejaram mudanças na ordem jurídica italiana.

Uma vez examinado o assunto segundo o direito europeu e italiano, voltaremos o olhar para o nosso continente e veremos, então, como ele é tratado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): se há disposições semelhantes às europeias nessa fonte de direito internacional da Organização dos Estados Americanos (OEA); se já ocorreu de algum Estado dela signatário ter sido condenado a pagar indenização pela demora excessiva de processo judicial, a exemplo do que ocorreu com a Itália.

Por fim, tentaremos responder a algumas indagações que acometem o estudioso do Direito no Brasil tão logo toma conhecimento dessa experiência italiana: seria possível o Estado brasileiro vir a ser

condenado pela Corte IDH a reparar danos decorrentes da lentidão do Poder Judiciário na entrega da tutela jurisdicional? Como o princípio da duração razoável do processo é tratado no ordenamento jurídico brasileiro, como tem sido e interpretação doutrinária e a aplicação judicial desse princípio no Brasil, tendo em vista a responsabilidade civil do Estado?

E mais: seria necessária a edição de lei para dar conformação ao princípio constitucional da duração razoável no Brasil ou, para se assegurar o direito à indenização pelos danos decorrentes da violação ao aludido princípio, bastariam as normas em vigor que tratam da responsabilidade civil do Estado?

Não pretendemos, é claro, apresentar respostas prontas e definitivas para esses questionamentos, mas não vamos nos furtar do dever de – guiados por orientações doutrinárias e jurisprudenciais que melhor examinaram o assunto – expor nossa modesta opinião a quem estiver disposto a nos acompanhar nessa trilha investigativa.

1 O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Jurisdição é monopólio estatal. Ninguém, no Estado de Direito, pode valer-se da autotutela e impor ao outro a sua vontade, ainda que coberto de razão. Em contrapartida, não pode o Estado negar ao indivíduo a prestação jurisdicional, tampouco pode prestá-la tardiamente, pois “*justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta*”, como dizia Rui em sua célebre Oração aos Moços¹.

O princípio da duração razoável do processo é considerado, segundo Gilmar Mendes, “*implícito na ideia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito e no postulado da dignidade da pessoa humana*”².

Sem dúvida, o direito fundamental à proteção judiciária pressupõe a garantia de que tal proteção seja eficaz. E a eficácia da prestação jurisdicional implica não só a apreciação, pelo juiz, da matéria de fato e de direito objeto do litígio e a prolação de decisão judicial vinculante. A quem postula a proteção judiciária é assegurada também a possibilidade de obter, em “*tempo útil*”, sentença executória com força de coisa julgada, porquanto “*a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça*”. É o

1 BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Disponível em: <www.cuturabrasil.pro.br/aosmoccos.htm>. Acesso em: 30.9.2012.

2 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, p. 449-452, 2012.

que Canotilho intitula como “*proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada*”³.

Por outro lado, a exigência da entrega da prestação jurisdicional sem dilações indevidas não significa justiça acelerada. A aceleração do processo de tal modo que prejudique garantias processuais e materiais pode conduzir a uma “*justiça pronta mas materialmente injusta*”. De qualquer modo, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes é condição *sine qua* da proteção jurídica adequada, como pondera o constitucionalista português.

Eis por que se adota a expressão “duração razoável do processo”, que bem demonstra a necessidade de se encontrar o ponto de equilíbrio, assegurando-se não só a celeridade, mas também a qualidade da prestação jurisdicional. É prudente sopesar que, embora seja constitucionalmente garantido o direito à duração razoável do processo, há outros direitos fundamentais de igual relevância e também integrantes da garantia maior do acesso à Justiça, como o contraditório e a ampla defesa e outros inerentes à garantia da efetividade da tutela jurisdicional. No dizer de Humberto Theodoro Júnior, “[e]sses outros direitos fundamentais coexistem com o da duração razoável do processo e não podem, obviamente, ser anulados pela busca de uma solução rápida para o processo”⁴.

Segundo o processualista, a duração razoável é aquela que resulta do respeito aos prazos processuais, em observância ao princípio da legalidade, e da garantia de tempo adequado ao cumprimento dos atos indispensáveis à observância de todos os princípios formadores do devido processo legal. Impõe-se, pois,

[...] evitar ritos arcaicos e injustificáveis e, sobretudo, impedir a ineficiência organizacional dos aparelhamentos judiciais, bem como vedar o abuso dos atos desnecessários e do manejo das faculdades e poderes, tanto de partes como de órgãos judiciais, com intento meramente procrastinatório⁵.

Embora não seja objeto deste estudo investigar as causas da morosidade do Poder Judiciário no Brasil – mas sim o consequente dever de reparar os danos dela decorrentes –, vale mencionar *en passant*

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 652-653,

4 JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, , 2011. v. 53, p. 43.

5 JÚNIOR, op. cit., p. 44.

a opinião de Humberto Theorodo Júnior, da qual compartilhamos, no sentido de que

[...] a duração exagerada dos processos, hoje, decorre não propriamente do procedimento legal, mas de sua inobservância, e da indiferença e tolerância dos juízes e tribunais diante dos desvios procrastinatórios impunemente praticados por aqueles a quem aproveita o retardamento da conclusão do processo⁶.

Em resumo: “*não tenhamos pressa, mas não percamos tempo*”⁷.

2 O TRATAMENTO DO TEMA NA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM (CEDH) E NA CORTE DE ESTRASBURGO

2.1 DISPOSIÇÕES PERTINENTES DA CEDH

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ou simplesmente Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)⁸, celebrada em Roma em 4 de novembro de 1950, teve sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1º de dezembro de 1948.

A duração razoável do processo está expressamente prevista no art. 6º.1, da referida Convenção, o qual consagra o “[d]ireito a um processo equitativo”, nos seguintes termos:

Artigo 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num *prazo razoável* por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. [...] (Grifo nosso).

6 JÚNIOR, op. cit., p. 44.

7 SARAMAGO, José. Disponível em: <www.paralerepensar.com.br/saramago.htm>. Acesso em: 30.9.2012.

8 Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 17.9.2012.

E o art. 41º do mesmo diploma estabelece o direito da parte lesada de obter reparação razoável dos danos decorrentes de violações aos direitos humanos previstos na Convenção, *verbis*:

Artigo 41º

Reparação razoável

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.

Cumprе observar que, do ponto de vista técnico jurídico, a CEDH é um tratado internacional, que, portanto, obriga os Estados que a ele aderiram. Não se trata de mera declaração de intenções, mas fonte de obrigações cuja inobservância importa responsabilidade do Estado-Membro perante o sujeito lesado e a própria comunidade internacional. A respeito, Damiano Marinelli e Elisabetta Spigarelli afirmam:

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é o documento com o qual os Estados signatários se comprometem a adotar e proteger os direitos humanos fundamentais, assim como constituídos na referida Convenção e interpretados pelo Corte Europeia dos Direitos Humanos. Esta última também tem a função de decidir sobre as queixas individuais e dos Estados sobre lesões a esses direitos, podendo, para este fim, impor sanções aos governos, que, tendo se vinculado à Convenção, estão sujeitos à autoridade do Tribunal. Assumiram, de um lado, a obrigação negativa de não violar os direitos do homem, do outro, o compromisso positivo de modificar seus próprios ordenamentos, onde estes não tutelem adequada e eficazmente as prerrogativas fundamentais reconhecidas pela CEDH aos indivíduos⁹. (Tradução nossa).

⁹ MARINELLI, Damiano; SPIGARELLI, Elisabetta. *Giusto Processo ed Equa Riparazione*. Nápoles (Itália): Simone, p. 8, 2010: “La Convenzione Europea dei Diritti Umani è il documento con cui gli Stati firmatari si impegnano a far propri ed a tutelare i diritti fondamentali dell’uomo, così come contenuti nella Convenzione medesima ed interpretati dalla Corte Europea dei Diritti Umani. Quest’ultima há inoltre la funzione di decidere sui ricorsi individuali e degli Stati con cui si lamentano lesioni di detti diritti, potendo, all’uopo, irrogare sanzioni ai governi, che, essendosi vincolati alla Convenzione, sono soggetti alla potestà della Corte. Essi hanno assunto, da

2.2 O CASO ITALIANO NA CORTE DE ESTRASBURGO: MUDANÇA CONSTITUCIONAL E EDIÇÃO DA LEGGE PINTO

A Corte Europeia dos Direitos do Homem, instituída em 1959 – conhecida por Corte de Estrasburgo em referência à cidade francesa onde é sediada –, com base nessas disposições da Convenção, provocada por cidadãos italianos, passou a condenar a Itália a reparar os danos causados pela demora desarrazoada na entrega da prestação jurisdicional¹⁰.

Ocorre que a Corte de Estrasburgo só conhece petições de cidadãos de seus Estados-Membros se observado o *princípio da subsidiariedade*, no sentido de que o sistema supranacional deve intervir somente onde não possa prover o interno. Portanto, se o Estado não é capaz de cumprir autonomamente suas próprias obrigações de tutela, o que constitui específica obrigação de qualquer uma das partes contraentes, a competência se transfere para a Corte de Estrasburgo¹¹.

Mas não havia no ordenamento jurídico interno italiano a previsão expressa do direito à duração razoável do processo, razão por que a Corte de Estrasburgo considerou atendido o requisito da subsidiariedade e, portanto, admitiu e julgou procedentes diversos pedidos indenizatórios contra o Estado italiano.

Isso levou a Itália a reformar a sua Constituição e a editar a referida *Legge Pinto*, após o que os cidadãos italianos passaram a ter de esgotar as vias do Poder Judiciário daquele Estado-Membro antes de buscarem a tutela da Corte de Estrasburgo, como esclarece Paulo Hoffman:

Assim, diante de uma Justiça italiana lenta e morosa, os cidadãos italianos, apoiados na Convenção Europeia, passaram a socorrer-se da possibilidade de recurso à Corte Europeia como forma de

un lato, l'obbligo negativo di non violare i diritti dell'uomo, dall'altro, l'impegno positivo di modificare i propri ordinamenti ove gli stessi non tutelino adeguatamente ed efficacemente le prerogative fondamentali riconosciute dalla CEDU agli individui".

10 A primeira condenação imposta à Itália foi no Caso da Sra. Capuano, uma demanda sobre direito de servidão que se arrastava inconclusa há dez anos e quatro meses pelo órgãos judiciais italianos, como informa Leonardo Faria Schenk. SCHENK, Leonardo Faria. *Breve histórico das reformas processuais na Itália*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/breve-relato-historico-das-reformas-processuais-na-italia-um-problema-constante-a-lentidao-dos-processos-civeis>>. Acesso em: 1º.10.2012.

11 MARINELLI, Damiano; SPIGARELLI, Elisabetta, op. cit., p. 13: "[...] Il sistema sovranazionale deve intervenire solamente laddove non possa provvedere quello interno. Se lo Stato, dunque, non è in grado di adempiere autonomamente ai propri obblighi di tutela, ciò che costituisce specifico obbligo per ciascuna parte contraente, la competenza si sposta alla CEDU".

salvaguardar seus direitos e exigir a finalização dos processos judiciais em tempo justo ou indenização pelos prejuízos materiais e morais advindos da exagerada duração do processo.

Essa situação causou grave transtorno político à Itália como membro da Comunidade Europeia, além de natural abalo em sua soberania, principalmente em razão da forte pressão exercida pelos demais países, uma vez que tantos foram os processos de cidadãos italianos perante a Corte Europeia que se causou uma morosidade da própria Corte, a qual se viu às voltas com uma carga excessiva de processos em razão da exagerada duração do processo italiano, que não conseguia mais julgar seus próprios casos em tempo adequado. Diante desse quadro, a Itália viu-se obrigada a, inicialmente, introduzir o justo processo em sua Constituição e, às pressas, aprovar uma lei que prevê a possibilidade de os cidadãos italianos requererem indenização perante as próprias Cortes italianas, porquanto a Convenção Europeia somente admite recursos à Corte Europeia quando esgotada a jurisdição no país-membro ou na hipótese de inexistência de lei que preveja a possibilidade de o jurisdicionado exigir determinado direito perante seu próprio país de origem¹².

Damiano Marinelli e Elisabetta Spigarelli suscitam a questão de fundo que se coloca em relação à CEDH, no que diz respeito à sua *relação com as fontes internas*, isto é, se a Convenção se impõe aos Estados ou se, privada de força cogente, a sua aplicação é remetida, de fato, à apreciação e ao bom senso dos Governos internos¹³. De acordo com esses autores italianos, a reflexão acerca das relações entre os dois ordenamentos começou a definir-se na Itália depois que os Tribunais de cúpula daquele país (a Corte Constitucional e a Corte de Cassação) passaram a afirmar que as normas da CEDH são “*normas derivadas de fonte atípica, e, como tais, insuscetíveis de abrogação ou modificação por disposições de lei ordinária*”¹⁴.

A partir dessas premissas, o ordenamento interno italiano foi adequado mediante a introdução de leis que o aproximaram das previsões

12 HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7179/o-direito-a-razoavel-duracao-do-processo-e-a-experiencia-italiana#ixzz284PRZXFd>>. Acesso em: 1º.10.2012.

13 MARINELLI, Damiano; SPIGARELLI, Elisabetta, op. cit., p. 9. No original em italiano: “*La questione di fondo che si pone in relazione alla CEDU è il suo rapporto con le fonti interne, se, cioè, essa si imponga agli Stati o se, priva di cogenza, la sua applicazione sia rimessa, di fatto, al prudente apprezzamento e al buon senso dei Governi interni*”.

14 Idem, ibidem, p. 9.

da CEDH em tema de direitos humanos, na busca de uma real e eficaz integração. Daí por que, coerentemente, o Estado italiano reformou o art. 111 da Constituição, reproduzindo o art. 6º da CEDH e incorporando ao seu direito interno o princípio da razoável duração do processo, que viria a ser regulamentado pela chamada *Legge Pinto*, como veremos adiante.

Com efeito, a Constituição da Itália (art. 111, §§ 1º e 2º) dispõe que a jurisdição atua mediante o devido processo legal e que todo o processo se desenvolve segundo o contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de um juiz independente e imparcial, *devendo a lei assegurar sua razoável duração*¹⁵. Esse princípio da duração razoável só viria a ser introduzido na Constituição Italiana pela Lei Constitucional de 23 de novembro de 1999, nº 2.

E a Lei italiana de 24 de março de 2001, n. 89, a chamada *Legge Pinto*¹⁶ (o nome é referência ao Senador que a propôs, Michele Pinto), além de modificar o art. 375 Código de Processo Civil italiano, com medidas destinadas a conferir maior celeridade ao processo, assim prevê o direito à justa reparação em caso de inobservância do princípio da duração razoável:

Quem tiver sofrido dano patrimonial ou não patrimonial como resultado da violação da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ratificada pela Lei 4 de agosto de 1955, n. 848, no que se refere ao não cumprimento do prazo razoável previsto no art. 6, parágrafo 1, da Convenção, tem direito a uma justa reparação¹⁷. (Tradução nossa).

A *Legge Pinto* dispõe, ainda, sobre os critérios para se aferir a razoabilidade da duração do processo, bem como para se quantificar a justa reparação patrimonial e moral por sua inobservância: complexidade do caso, comportamento das partes, conduta dos juízes e auxiliares da Justiça.

15 “Art. 111. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata” (grifo nosso).

Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 22.9.2012.

16 “Legge 24 marzo 2001, n. 89. Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile”. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/01089l.htm>>. Acesso em: 26.9.2012.

17 No original em italiano: “Art. 2. 1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione”. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/01089l.htm>>. Acesso em: 28.9.2012.

Ademais, regula o respectivo procedimento da demanda indenizatória, estabelece as condições e o prazo de decadência para a sua propositura (a ação pode ser proposta ainda na pendência do processo ou no máximo seis meses após a sentença definitiva), além de outras disposições.

3 O TRATAMENTO DO TEMA NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Voltemos agora a atenção para o nosso continente, examinando o tema à luz do sistema interamericano de proteção aos direitos do homem.

3.1 DISPOSIÇÕES PERTINENTES DO PACTO DE SÃO JOSÉ

O princípio da duração razoável do processo, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que promoveu a chamada Reforma do Poder Judiciário no Brasil, já estava previsto no ordenamento jurídico pátrio. Além de *implicitamente* contido no princípio constitucional da proteção judiciária (art. 5º, XXXVI) e nos princípios do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o princípio da duração razoável já constava *expressamente* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969 (internalizada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992¹⁸), que assegura, entre as “*Garantias Judiciais*”, o direito de ser ouvido por um juiz ou tribunal “*dentro de um prazo razoável*”, conforme seu art. 8.1, *verbis*:

ARTIGO 8

Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Grifo nosso).

Ademais, o art. 25.1 da mesma Convenção, ao tratar da “*Proteção Judicial*” de direitos fundamentais, retoma a ideia de processo judicial célere, postulando que:

18 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19.9.2012.

ARTIGO 25

Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e *rápido* ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (Grifo nosso).

E o art. 63.1 da mesma Convenção assegura ainda o direito à indenização pelos danos decorrentes da violação de quaisquer direitos e liberdades nela previstos, o que inclui, portanto, o direito à duração razoável do processo:

ARTIGO 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Poder-se-ia imaginar que o art. 8.1, da Convenção Americana, em descabida interpretação restritiva, estaria se referindo somente a processo penal. Contudo, dada a circunstância de que referido diploma contém garantias apropriadas também aos processos civil e administrativo, e considerando que os direitos humanos e fundamentais devem ser interpretados ampliativa e sistematicamente, “*chega-se ao resultado de que a garantia da duração razoável do processo incide no processo judicial (penal e civil lato sensu) e no processo administrativo*”¹⁹.

Vê-se, pois, que o Pacto de São José contém normas equivalentes àquelas estabelecidas pela referida CEDH a propósito do tema em apreço.

19 JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 312, 2009.

3.2 PRECEDENTES DA CORTE IDH

A respeito do prazo razoável de que trata o sobredito artigo 8.1, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como consta da sentença proferida em 21.6.2002 no “CASO HILAIRE, CONSTANTINE Y BENJAMIN Y OTROS VS. TRINIDAD Y TOBAGO” (item 143, p. 14), tem estabelecido que é preciso ter em conta três elementos para determinar a razoabilidade do prazo em que se desenvolve um processo: a) a complexidade da controvérsia; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais²⁰.

Para a Corte IDH, a demora prolongada em si mesma pode chegar a configurar, em certos casos, violação de garantias judiciais. Compete ao Estado, pois, de conformidade com os critérios mencionados no parágrafo anterior, expor e provar a razão pela qual se fez necessário, em determinado caso particular, mais tempo do que em princípio se poderia considerar razoável para a prolação de sentença definitiva.

Uma vez feita a comprovação, pelo jurisdicionado, de acordo com critérios objetivos, de que a tutela jurisdicional não lhe foi prestada em tempo hábil e que isso lhe causou perdas e danos, cumpre ao Estado o ônus de comprovar as justificativas concretas para a extrapolação do prazo que seria em tese razoável, sempre atendo-se aos aludidos critérios: complexidade da causa; comportamento das partes; e conduta dos órgãos judiciários. Escusas como falta de estrutura do Poder Judiciário, excesso de recursos previstos na legislação processual e outras desse tipo, não eximem, muito ao contrário, evidenciam a responsabilidade do Estado pela morosidade da justiça.

Nesse mesmo julgado (item 152, a, p. 17), a Corte IDH, considerando que o ordenamento jurídico interno de Trinidad e Tobago não estabelece o direito a um julgamento com brevidade ou dentro de um prazo razoável e, portanto, não se ajusta ao estabelecido na Convenção, concluiu que o referido Estado-Membro violou o direito dos interessados de serem julgados dentro de um prazo razoável. E aquele Tribunal, segundo essa mesma decisão (item 201, p. 27), tem reiterado que qualquer violação a uma obrigação internacional que haja causado um dano gera a obrigação de proporcionar uma reparação adequada do referido dano.

20 “143. Con respecto al plazo razonable de que trata el artículo 8.1, este Tribunal ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf>. Acesso em: 18.9.2012. No mesmo sentido, a sentença proferida no “CASO DE LA ‘MASACRE DE MAPIRIPÁN’ VS. COLOMBIA”, de 15.9.2005, em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jsiec134.pdf>>. Acesso em 18.9.2012.

Ainda nesse julgado (item 202, p. 27), a Corte IDH assentou que esse dever constitui um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos estados, de acordo com o qual, ao produzir-se um fato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato a responsabilidade deste pela violação da norma internacional de que se trata, com o consequente dever de reparação e de fazer cessar as consequências da mencionada violação. Em conclusão, a Corte IDH condenou o Estado de Trinidad e Tobago a pagar às vítimas indenizações pecuniárias, além de determinar a adequação de sua legislação interna às normas internacionais de direitos humanos (item 223, p. 32-35).

4 A REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA DESARRAZOADA DURAÇÃO DO PROCESSO NO BRASIL

4.1 O STATUS CONSTITUCIONAL DO PACTO DE SÃO JOSÉ

Os direitos e garantias fundamentais consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) detêm, no Brasil, força normativa de nível constitucional.

A propósito, cumpre observar que, antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, os direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais subscritos pelo Brasil e internalizados no ordenamento jurídico brasileiro adquiriram o *status* de norma constitucional, por força do disposto no § 2º do art. 5º da Lei Maior, *verbis*:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Somente após a Reforma do Judiciário, nossa Constituição passou a exigir o procedimento necessário à aprovação de emendas constitucionais para que os tratados e convenções sobre direitos humanos tenham tal nível hierárquico, quando foi acrescentado ao art. 5º o seguinte § 3º:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Tendo sido, entretanto, o Pacto de São José recepcionado validamente no direito brasileiro segundo o procedimento constitucional previsto antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, quando não se exigia a observância do rito de emenda constitucional, forçoso concluir que os direitos e garantias fundamentais nele estabelecidos têm categoria de norma constitucional²¹.

Em suma, verificamos que, no Brasil, desde 1988, é assegurada a garantia constitucional **implícita** da duração razoável do processo (pressuposto da proteção judiciária²², do Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana²³); a partir de 1992, tal garantia passou a ser **expressa** com a internalização do Pacto de São José em nível constitucional; e, após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi **incorporada** ao Texto Constitucional (art. 5º, LXXVIII).

4.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA DESARRAZOADA DURAÇÃO DO PROCESSO NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

A propósito da possibilidade de responsabilização do Estado pela demora excessiva do processo judicial, oportuno, desde já, o alerta de Nadja Lima Menezes, citando José Augusto Delgado:

Por fim, alerte-se que já começa a se formar entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de responsabilizar o Estado pela demora na prestação jurisdicional:

Assim, no caso da demora na prestação jurisdicional, configura-se, pois, de maneira insofismável, a necessidade de criação jurisprudencial do direito, assegurando ao particular prejudicado indenização cabível a ser paga pelo Estado.

21 “[...] o novo parágrafo não influi no status de norma constitucional que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro já detêm no ordenamento jurídico, em virtude da regra do parágrafo 2º do mesmo artigo”. LAPA, Fernanda Brandão; PAUL, Chrystiane de Castro Benatto. A primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Disponível em: <<http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/revistas/index.php/direito/article/viewFile/88/78>>. Acesso em: 27.9.2012.

22 “Art. 5º [...]”

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

23 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]”

III - a dignidade da pessoa humana;”

A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços, quer pela indolência dos seus Juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou Justiça, e exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade²⁴.

De fato, conforme a doutrina de Nelson Nery Júnior, o cidadão, seja no processo judicial, seja no administrativo, tem o direito de ser indenizado pelos danos morais e patrimoniais que sofreu em decorrência da *duração exagerada* do processo, antítese da garantia constitucional da *duração razoável* do processo²⁵. A garantia dessa indenização está fundamentada, segundo o mesmo autor, no § 6º do art. 37 da Lei Maior²⁶, que trata da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos materiais e morais que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Deixando clara a possibilidade de responsabilidade objetiva pela demora exagerada do processo judicial, acrescenta o autor:

Tendo sido praticado o dano por dolo ou culpa do agente, o Estado tem direito de regresso contra o causador do dano (CF 37, § 6º, segunda parte). O juiz responde, pessoalmente ou em regresso, somente a título de dolo (CPC 133; LOMN 49; CP 319)²⁷.

À primeira vista, poderia parecer que se trata de responsabilidade *subjetiva* pela omissão do Estado. Mas, assim como Nelson Nery Júnior, Humberto Theodoro Júnior também sustenta que, nesse caso, a responsabilidade do Estado seria *objetiva, verbis*:

24 MENEZES, Nadja Lima. O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e a Atuação Judicial da Administração Pública Brasileira como Inspiração à Adoção da Súmula Vinculante (Stare Decisis). 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course. Publicações da Escola da AGU, Brasília, vol. 1, n.12, p.277-297, setembro/outubro, 2011.

25 JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 320, 2009.

26 “§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

27 JÚNIOR, Nelson Nery, op. cit., p. 320.

g) A visão que exige *dolo* ou *culpa grave* do juiz para que se considere violada a garantia da duração razoável do processo, e que torna a responsabilidade do Estado, na matéria, *subjéctiva*, não é benemérita de aplausos. Seu fundamento é a teoria da falta omissiva do serviço, que só justifica o dever de indenizar quando o agente que se omitiu, assim o fez por descumprimento de seus deveres funcionais. Acontece que as garantias fundamentais (direitos do homem) não podem ficar na dependência da análise subjéctiva do comportamento do juiz. Ademais, a falha, independentemente do procedimento do juiz ou do tribunal, é do serviço judiciário. *Não é simplesmente uma omissão, é, na verdade, uma violação positiva do dever de conduzir o processo de modo a não ultrapassar o prazo razoável de duração garantido pela Constituição. A teoria da responsabilidade subjéctiva, criada pelo direito administrativo, tem cabimento quando a Administração não age nas circunstâncias concretas, e o dano, na verdade, é causado por terceiro*, como ocorre, por exemplo, na falta de policiamento que deixa as pessoas desprotegidas e facilita a prática contra elas de crimes ou agressões. Aí, sim, se há de verificar se havia, *in concreto*, o dever atual de evitar o delito, e, se a ausência do poder público se deu quando era obrigatória sua atuação contra a prática criminosa. Não é o caso da autoridade policial presente que age ineficientemente na repressão do delito cometido, e do dano consumado graças à inadequada atuação policial. Assim, também, não há omissão quando o processo corre sob o comando e a responsabilidade atual do juiz ou do tribunal, e estes, concretamente, não cumprem o *dever constitucional* de encerrá-lo dentro de prazo razoável. O juiz e o tribunal podem ter até razões práticas para demonstrar que, materialmente, não lhes foi possível cumprir o prazo determinado pela Constituição. Mas, o Estado não tem como fugir do dever de cumprir e fazer cumprir uma garantia fundamental, ainda mais quando tal descumprimento seja consequência imediata do desaparelhamento material e humano do serviço judiciário.

h) Diante da ultrapassagem da duração razoável do processo, sem justificativa plausível para o descumprimento dos prazos e procedimentos legais, é importante reconhecer que apenas o acúmulo de processos 'não é suficiente para que se afaste a responsabilidade objectiva do Estado' pela violação cometida contra um direito fundamental do litigante.

Os direitos fundamentais, quaisquer que sejam, não podem ser negados ou violados pelo próprio Estado a quem a Constituição incumbiu a função não só de proclamá-los, mas sobretudo de implementá-los.

Os males da duração normal (ou razoável) do processo, quando graves e iminentes, se evitam ou se reparam pelos remédios da tutela de urgência; os prejuízos da duração não razoável, como falha ou deficiência do serviço judiciário, se sanam pela responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º da Constituição²⁸. (Grifo nosso).

De fato, seria impróprio falar apenas em *omissão* do dever do Estado de prestar tempestivamente a tutela jurisdicional, pois na hipótese existe *ação* estatal, mas esta é realizada de modo tão lento que causa danos ao jurisdicionado.

Na jurisprudência dos nossos tribunais, a possibilidade de responsabilização do Estado pela dilação excessiva do termo final do processo judicial também começa a ser discutida:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PODER JUDICIÁRIO. OMISSÃO. JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO TRABALHISTA. DEMORA NA TRAMITAÇÃO (25 ANOS). RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. CONSIDERAÇÃO. NECESSIDADE. 1. Na sentença, foi julgado 'parcialmente procedente o pedido do autor para condenar a União a pagar-lhe a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de indenização por danos morais', pela demora (vinte e cinco anos) na solução de lide trabalhista. 2. A 'razoável duração do processo' é um princípio constitucional, tornado expresso pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Como princípio, na conhecida lição de Robert Alexy, deve ser aplicado na melhor medida possível, de acordo com as condições jurídicas (balanceamento com outros princípios) e fáticas (possibilidades materiais). 3. O próprio apelado reconhece que a organização do Poder Judiciário brasileiro é deficiente para esse fim. Junto com as carências materiais, deve ser evidenciada sua estrutura burocrática, propícia ao emperramento, em face da superposição de instâncias, do formalismo e do atomismo típico do Estado liberal. 4. Até há pouco não havia planejamento estratégico e controle eficiente para

²⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf>. Acesso em: 27.9.2012.

a atividade jurisdicional, missão que o Conselho Nacional de Justiça começa a cumprir. 5. Ao lado dessas considerações gerais, *deve ser colocado em evidência que o autor não aponta omissão específica de órgão jurisdicional e provocação de sua parte para corrigi-la. Pretende indenização apenas por considerar, genericamente, injustificado o prazo global de vinte e cinco anos na tramitação do processo.* 6. *Não tardará a acontecer, mas ainda não é possível responsabilizar a União em casos da espécie.* 7. Provimento à apelação e à remessa oficial. (AC 0024093-45.1999.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.315 de 11/12/2009)²⁹. (Grifo nosso).

Percebe-se que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região admitiu, nesse processo, a tese da responsabilidade do Estado pela demora excessiva na prestação jurisdicional, muito embora no caso concreto tenha concluído que não teria se configurado a hipótese.

Conquanto o tema da responsabilidade do Estado pela violação ao direito à duração razoável do *processo judicial* ainda apareça pouco na jurisprudência, no âmbito do *processo administrativo* o assunto já está mais presente, até mesmo na modalidade objetiva:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEMORA NA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA A PROFESSOR DO ENSINO MÉDIO. INEFICIÊNCIA COMPROVADA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR RAZOÁVEL. 1. *A Responsabilidade objetiva baseia-se na teoria do risco administrativo, dentro da qual basta a prova da ação, do dano e de um nexo de causa e efeito entre ambos para surgir o direito à indenização, sendo, porém, possível excluir a responsabilidade em caso de culpa exclusiva da vítima, de terceiro ou ainda em caso fortuito e força maior.* 2. *Hipótese em que a Administração levou cerca de um ano e oito meses para deferir o pedido de aposentadoria, o que se constitui verdadeiro absurdo.* Mesmo que o processo tenha apresentado algum grau de complexidade, como alegado pela União, é evidente que a Autora não poderia ser obrigada a laborar mais 01 ano e oito meses contra sua vontade, ainda que tenha sido remunerada para tanto. *As supostas dificuldades encontradas na tramitação do processo concessório (progressão funcional, vínculos diversos, dentre outros), estão dentro do campo da previsibilidade administrativa, não*

29 Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=00240934519994013800>>. Acesso em: 27.9.2012.

podendo ser erigidas como justificativa para o ineficiente serviço prestado. 3. Não especificou a autora a natureza do dano que diz ter sofrido. No contexto dos autos, deve-se entender que se trata apenas de danos morais, pois os danos materiais, em casos desta ordem, são devidos a título de lucros cessantes, os quais não foram alegados e nem provados. 4. O dano moral, por sua vez, restou bem caracterizado, pois Autora foi obrigada a trabalhar quando já poderia estar em gozo de aposentadoria. *A longa duração do processo administrativo causou, por certo, muito mais que mero dissabor; frustrou a expectativa da servidora em usufruir dos benefícios de sua aposentadoria*, dentre os quais o legítimo descanso pelos vinte e cinco anos laborados na docência de nível médio, atividade que o próprio legislador constituinte reconhece como mais penosa. 5. Considerando as peculiaridades do caso, em que a Autora, professora com proventos de aposentadoria no valor de R\$1.722,17, sofreu grande frustração diante da grave falha do serviço da União, entendendo razoável fixar o valor da indenização a título de danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), pois referida quantia não pode ser irrisória e nem deve ensejar enriquecimento sem causa. 6. Apelação parcialmente provida. (AC 0003216-86:2001.4.01.4100 / RO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.128 de 31/07/2009)³⁰. (Grifo nosso).

A discussão já bateu às portas do Supremo Tribunal Federal, como revela a seguinte decisão unipessoal da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha:

O Supremo Tribunal Federal assentou que a razoável duração do processo deve ser harmonizada, em sua interpretação e aplicação, com outros princípios constitucionais, não se podendo acolher contrariedade a ele sem determinar o seu conteúdo e a sua observância no caso concreto, em face dos dados apresentados no processo. Assim, a complexidade do processo, os incidentes processuais, dentre outros fatores, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o julgamento da lide.

Desse modo, tendo o Tribunal *a quo* decidido que não foram comprovados os danos alegados e a demora injustificada no andamento do processo, divergir desse entendimento importaria o necessário reexame do conjunto probatório dos autos, o que é

30 Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=200141000032259>>. Acesso em: 27.9.2012.

inviável em recurso extraordinário. (RE 661081, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 09/11/2011, publicado em DJe-224 DIVULG 24/11/2011 PUBLIC 25/11/2011)³¹

Enfim, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência no Brasil, embora de modo ainda incipiente, começam a se debruçar sobre a responsabilidade civil do Estado pela desarrazoada demora na entrega da prestação jurisdicional.

5 A SUJEIÇÃO DO BRASIL À JURISDIÇÃO DA CORTE IDH

Nelson Nery Júnior afirma que o Brasil não estaria sujeito à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos³². Trata-se de informação desatualizada. Na verdade, o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, aprovou solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, de acordo com o previsto no art. 62 daquele instrumento. E o Presidente da República, por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002³³, promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo art. 1º assim dispõe:

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Desde 2002, portanto, o Brasil passou a se sujeitar à jurisdição da Corte IDH em relação a fatos ocorridos a partir de 10 de dezembro de

31 Inteiro teor da decisão monocrática disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28661081%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 27.9.2012.

32 “Como o Brasil ainda não adotou a providência constante da CIDH 62, isto é, de aceitar expressamente a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos como tribunal competente para julgar os casos de ofensa a direitos humanos ocorridos no País, o País não está obrigado a submeter-se a um processo instaurado contra si na corte interamericana”. JÚNIOR, Nelson Nery, op. cit., p. 321.

33 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm>. Acesso em: 28.9.2012.

1998. A propósito, o Brasil já sofreu condenações perante a Corte IDH³⁴, estando em curso naquela Corte outros casos contenciosos e medidas cautelares contra o Estado brasileiro³⁵.

O caso Maria da Penha, por exemplo, não chegou à Corte IDH, mas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (órgão incumbido de submeter os casos à Corte quando não se chega a solução amigável) concluiu pela responsabilidade do Estado pela demora na apuração do crime de violência doméstica contra a mulher, fazendo recomendações com o objetivo de tornar mais eficiente e célere o processo judicial no Brasil, o que ensejou a edição da conhecida Lei Maria da Penha (Lei nº 10.886, de 2004)³⁶. Em outro caso, desta feita submetido a Corte IDH (Caso Nogueira de Carvalho e outros vs. Estado Brasileiro), não ficou comprovada a violação à duração razoável do processo, pois a demora teria sido provocada pelo comportamento das partes, ante os diversos recursos apresentados tanto pelo Ministério Público quanto pelos réus.

Não há notícia, no entanto, de que o Brasil tenha sofrido condenação pecuniária pela morosidade de processo judicial.

6 CONCLUSÕES

A comparação com outras ordens jurídicas supranacionais e estrangeiras é uma fonte rica de reflexões e pode contribuir, observadas as diferenças contextuais, para aperfeiçoar nosso próprio ordenamento.

Ao concluir a análise comparativa a que nos propomos, podemos afirmar que o sistema europeu de proteção aos direitos humanos, pelo menos no plano normativo, não difere do interamericano no que diz respeito ao direito fundamental à razoável duração do processo. A Convenção Europeia de Direitos do Homem consagra-o, e a Corte de Estrasburgo assegura-lhe efetividade, determinando que os Estados-Membros o incorporem ao seu direito interno e condenando-os a reparar eventuais danos decorrentes da sua violação. Foi o que ocorreu com a Itália: condenada pela Corte de Estrasburgo a pagar indenizações em razão da demora excessiva na prestação jurisdicional, modificou sua Constituição e editou lei específica para assegurar em sua ordem interna plena efetividade ao direito à razoável duração do processo (*Legge Pinto*).

34 LAPA, Fernanda Brandão; PAUL, Chrystiane de Castro Benatto. *A primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Op. cit., p. 87.

35 Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7>. Acesso em: 28.9.2012.

36 Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 1º.10.2012.

A mesma garantia é assegurada no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, embora, passando do plano normativo para o da realidade vivente, tenhamos muito o que avançar para nos aproximar do padrão europeu de respeito à dignidade da pessoa humana. Pelo menos no que se refere ao direito objetivo, assim como na Convenção Europeia de Direitos do Homem, o Pacto de São José também prevê o direito fundamental à duração razoável do processo, e a Corte IDH igualmente tem exigido dos Estados sob sua jurisdição a harmonização do seu direito interno às normas da Convenção Americana, além de também condená-los a reparar danos decorrentes da excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional, como no caso noticiado referente a Trinidad e Tobago.

Se a comparação entre os sistemas jurídicos europeu e interamericano revelou mais identidades do que dessemelhanças – ressaltado, no entanto, o grau bem mais elevado de integração e harmonização da União Europeia –, no que diz respeito à análise comparativa entre o direito interno italiano e o brasileiro, as distinções são mais evidentes, não só no plano normativo, mas principalmente no da efetividade.

Em nível constitucional, o princípio da razoável duração do processo é assegurado com idêntica força normativa tanto pela Constituição italiana quanto pela brasileira. Mas, enquanto a Itália dispõe de lei que confere concretude e efetividade ao princípio, disciplinando exaustiva e simplificada a ação de reparação de danos pela demora excessiva na prestação jurisdicional, o Brasil carece de instrumento normativo de semelhante jaez.

Segundo a opinião de Gilmar Mendes, com a qual estamos de pleno acordo, o princípio constitucional da duração razoável do processo carece da atuação do legislador infraconstitucional a fim de lhe atribuir a conformação necessária à sua plena efetividade: *"a norma constante do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição, está a exigir conformação adequada no plano legislativo, a fim de conseguir-se a efetividade da garantia, tanto no âmbito do processo judicial quanto no dos processos administrativos em geral."*³⁷

Não quer isso dizer que se trata de norma constitucional programática, destituída de força normativa, que depende de regulamentação para que o direito nela assegurado possa ser exercido. Interpretação tão desavisada esbarraria em expressa disposição constitucional no sentido de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (CF, art. 5º, § 1º).

37 MENDES, Gilmar, op.cit., p. 451-452.

O dever do Estado de indenizar os danos patrimoniais e morais que tenha sofrido o jurisdicionado em decorrência da demora excessiva na entrega da prestação jurisdicional, em nosso ordenamento jurídico, emerge direta e imediatamente das normas constitucionais que asseguram o direito à duração razoável do processo judicial e administrativo (arts. 5º, LXXVIII) e a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º).

Mas essa responsabilidade do Estado, que exsurge da só violação ao princípio da duração razoável, está a merecer adequado tratamento no plano infraconstitucional, seja para definir os parâmetros da razoabilidade da duração do processo, seja para estabelecer os prazos, as condições, os requisitos da demanda judicial com o objetivo de assegurar a justa indenização pela exagerada e lesiva demora na entrega da prestação jurisdicional.

Não podemos encerrar sem deixar clara nossa compreensão de que tal medida legislativa não resolveria o problema crônico da morosidade do Judiciário no Brasil. Muitas mudanças legislativas, administrativas e práticas foram e estão sendo adotadas com o objetivo de conferir celeridade ao processo judicial em nosso País. A simplificação de ritos e atitudes, a transformação cultural, a propagação das vantagens dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, tudo isso faz parte das preocupações e ocupações da maior parte dos que lidam com a Justiça, e tem alcançado resultados expressivos no sentido de conferir mais presteza ao processo judicial no Brasil.

O objetivo da adoção entre nós de lei ordinária semelhante à *Legge Pinto* italiana, com as devidas adaptações à realidade brasileira, não seria, pois, promover maior celeridade ao processo judicial, ainda que indiretamente ela possa até provocar algum avanço nesse sentido. Tal providência legiferante teria a finalidade de suprir lacuna normativa, dotando nosso sistema jurídico de instrumento eficaz a fim de que o cidadão frustrado em seu direito fundamental de acesso temporalmente adequado à Justiça, pelo menos, possa receber alguma compensação pecuniária pelos danos materiais e morais que sofreu em razão do atraso da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Disponível em: <www.cuturabrasil.pro.br/aosmoccos.htm>. Acesso em: 30.9.2012.

BRASIL. *Constituição*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 1º.10.2012.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19.9.2012.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 661081*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28661081%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 27.9.2012.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *AC 0024093-45.1999.4.01.3800*. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=00240934519994013800>>. Acesso em: 27.9.2012.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *AC 0003216-86.2001.4.01.4100*. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=200141000032259>>. Acesso em: 27.9.2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

EUROPA. *Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 17.9.2012.

HOFFMAN, Paulo. *O direito à razoável duração do processo e a experiência italiana*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7179/o-direito-a-razoavel-duracao-do-processo-e-a-experiencia-italiana#ixzz284PRZXFd>>. Acesso em: 1º.10.2012.

ITÁLIA. *Constituição Italiana*. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 22.9.2012.

_____. *Legge 24 marzo 2001, n. 89. Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile*. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/01089l.htm>>. Acesso em: 26.9.2012.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 53, 2011.

_____. *Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf>. Acesso em: 27.9.2012.

JÚNIOR, Nelson Nery. *Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LAPA, Fernanda Brandão; PAUL, Chrystiane de Castro Benatto. *A primeira condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/revistas/index.php/direito/article/viewFile/88/78>>. Acesso em: 27.9.2012.

MARINELLI, Damiano; SPIGARELLI, Elisabetta. *Giusto Processo ed Equa Riparazione*. Nápoles (Itália): Simone, 2010.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, Nadja Lima. O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e a Atuação Judicial da Administração Pública Brasileira como Inspiração à Adoção da Súmula Vinculante (Stare Decisis). 1º Curso de Introdução ao Direito Americano: Fundamentals of US Law Course. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, vol. 1, n.12, p.277-297, set./out. 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros Vs. Trinidad y Tobago*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf>. Acesso em: 18.9.2012.

_____. *Sentença do Caso de La 'Masacre De Mapiripán' vs. Colombia*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fundamentos/jseriec134.pdf>>. Acesso em 18.9.2012.

_____. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 1º.10.2012.

SARAMAGO, José. Disponível em: <www.paralerepensar.com.br/saramago.htm>. Acesso em: 30.9.2012.

SCHENK, Leonardo Faria. *Breve histórico das reformas processuais na Itália*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-ii/breve-relato-historico-das-reformas-processuais-na-italia-um-problema-constante-a-lentidao-dos-processos-civeis>>. Acesso em: 1º.10.2012.



SPENDING REVIEW: SUBMISSÃO DOS ESTADOS AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

*SPENDING REVIEW: SUBMISSION OF STATES TO THE PRINCIPLES
OF EFFICIENCY IN TIMES OF GLOBALIZATION*

Federico Biagioli

Advogado da União em Volta Redonda

Especialista em Direito Internacional pela EAGU

Mestre em Comunicazione Aziendale pela Universidade de Veneza

SUMÁRIO: 1 contextualização do tema; 2 O Caso Italiano; 3 O Modelo Neoliberal de Organização do Estado; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: A transformação de espaços nacionais em arenas globais, operada pelo triunfo do ideário econômico neoliberal, induz a superação do modelo de organização estatal calcada na ideia clássica de soberania. Os estados não são mais soberanos, ao menos no aspecto substancial do conceito, já que não têm mais liberdade para decidir acerca de sua própria estruturação. A partir da desmaterialização da economia trazida pela revolução tecnológica da década de oitenta, houve significativas mudanças no concerto das nações, com o endividamento e crise dos países europeus que haviam adotado o modelo de estado do bem estar social. Nesse cenário, constata-se o ressurgimento da ideia de Estado Mínimo como paradigma adequado às orientações do neoliberalismo globalizado, cujos traços principais podem ser resumidos em uma cartilha que prega o incentivo às forças econômicas combinado com a austeridade das contas públicas por meio da busca da eficiência, medidas necessárias para atrair investimentos financeiros sem os quais os estados não têm condições de viabilizar sua inserção na economia mundial.

PALAVRAS-CHAVE: Neoliberalismo. Globalização. Crise. Redução de Gastos. Eficiência.

ABSTRACT: The triumph of the neoliberal economic ideas transforms national spaces into global arenas, leading to the overcoming of the model of state organization based in the classic idea of sovereignty. The states no longer have freedom to make decisions regarding their organization. Starting with the dematerialization of economy, brought by the technologic revolution in the eighties, significant changes happened in the dynamics of nations, including deep debt and crisis in the European countries that adopted the welfare state model. In this scenario, the idea of a minimal state comes up as an appropriate paradigm for the neoliberal globalized orientations, whose main features can be summarized in guidelines preaching incentives to the economic powers combined with the austerity of public accounting aiming for efficiency. Such measures are necessary to attract investments. Without them, the states are not able to participate in the world market.

KEYWORDS: Neoliberalism. Globalization. Crisis. Spending Review. Efficiency.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

O *Bundesverfassungsgericht* (tribunal constitucional alemão) aprova, com ressalvas, a participação da Alemanha no Mecanismo Europeu de Estabilização (MME). A União Europeia está salva¹. Por enquanto.

Não se sabe qual será o desfecho da crise na zona do euro, mas é possível analisar as razões que a motivam. As dificuldades atravessadas pelo velho continente são, em alguma medida, semelhantes a aquelas vividas pela Brasil na década de oitenta e sanadas na década de noventa². Há lições a serem aprendidas pelos europeus, mas a grande verdade é que nenhum estado pode ficar sem fazer a lição de casa, pois a economia neoliberal globalizada pune severamente quem descuidar das contas públicas.

A economia globalizada põe em xeque o modelo clássico de soberania estatal. Na década de setenta, Vezio Crisafulli³ já falava em coletividades difusas, em interesses amorfos e flutuantes que levavam a anarquia internacional, mas foi a partir da década de oitenta, com a revolução informática, que a abertura dos mercados levou a globalização de capitais e ao triunfo do modelo neoliberal consolidado na década de noventa.

A soberania estatal não é capaz de lidar com a globalização econômica, que desfruta de facilidade de deslocamento trazida com a desmaterialização digital e migra de um país para outro a depender das condições oferecidas por cada um. Mais do que isso, investiga as fragilidades da globalização jurídica para desfrutar de zonas francas de regulação⁴, espaços anômicos dos quais se aproveita.

A desterritorialização da atividade econômica cria empresas multinacionais sem sede definitiva, que buscam instalar suas fábricas nos países com menores custos de produção. É o que Loretta Napoleoni chama de economia canalha, caracterizada por forças econômicas obscuras e anárquicas que estão transformando o mercado global em um pesadelo⁵.

1 RODRIGUES, Otavio Luis. *Suprema Corte Alemã salva a união monetária na Europa*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-12/decisao-suprema-corte-alemanha-salva-uniao-monetaria-europa>>. Acesso em: 12 set. 2012.

2 Ibid

3 CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padua: Cedam, 1970. p. 6.

4 CASSESE, Sabino. *La nuova costituzione economica*. Bari: Laterza, 2012. p. 325.

5 NAPOLEONI, Loretta. *Economia canalha il lato oscuro del nuovo ordine mondiale*. Milão: Is saggiatore, 2008. p. 12.

São redes flexíveis por onde são administrados os interesses econômicos globais, com uma competição dos estados por investimentos privados, muitas vezes caracterizada pelo poder de pressão imaneente a negociações pragmáticas. Diante das dificuldades que o direito internacional enfrenta para ordenar o mundo, a observação da realidade nos mostra uma constelação de interesses especializados que coexistem em uma pluralidade de regimes diferenciados⁶.

Todos os países, com uma ou outra exceção, competem pelos recursos financeiros que circulam livremente pelo mundo e suas economias são constantemente alteradas pela continua realocação de investimentos, motivada por elementos os mais variados; por exemplo, a classificação operada por agências de classificação de risco como *Moody's*, *Fitch* e *Standart & Poor's*⁷. A alteração de um ou dois graus de risco, como aconteceu recentemente com a Itália, pode ser considerado um metafórico soco no estômago⁸.

Nesse panorama, formam-se blocos econômicos, às vezes até de modo informal ou por galhofa de economistas. É o caso do BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China), grupo de países emergentes cujas economias mostram-se sólidas como tijolos.

A solidez desse tijolo foi conquistada pelo Brasil com medidas que estão na ordem do dia na Europa: a edição de lei de responsabilidade fiscal (*compact fiscal act*), a assunção das dívidas públicas dos estados-membros pelo ente central e o fortalecimento do sistema bancário.

Os BRICs não podem descuidar, pois em torno dele está surgindo uma névoa de novos emergentes⁹: o MIST (México, Indonésia, Coréia do Sul e Turquia).

De outra banda, há também o bloco dos países europeus em crise: o PIG (Portugal, Irlanda e Grécia). O acrônimo ganhou mais duas letras com a inclusão da Itália e da Espanha.

Os PIIGS¹⁰ são motivo de grande preocupação para a zona do Euro. Suas economias entraram em crise por endividamento excessivo e ameaçam a integração europeia. A crise das contas públicas afeta a economia privada e vice-versa, numa espiral negativa. Medidas drásticas de austeridade são exigidas para retomar a confiança dos mercados e dos demais países da comunidade europeia.

6 GOZZI, Gustavo. *Diritti e civiltà*. Bolonha: il mulino, 2010. p. 346-347.

7 CASSESE, op. cit. p. 326.

8 *Corriere della Sera*, edição do dia 14 de julho de 2012.

9 *O Globo*, edição de 12/08/12.

10 Diz-se Spain em língua inglesa. Daí a letra "S" para designar a Espanha.

Há uma verdadeira crise de governabilidade que obriga os países em crise a adotar programas de redução de gastos. E por não terem outra escolha, constata-se o caráter totalitário do modelo neoliberal, que não admite o desbordamento de sua orientação.

Nesse passo, é curioso verificar as fissuras do projeto comunitário europeu. Os países do norte, que conseguiram preservar o modelo de bem estar social por meio de pesadas tributações aliada a uma estrutura de estado mínimo, não aceitam financiar a dívida dos países do sul europeu sem que eles passem primeiro por programas de revisão de gastos.

É o embate que se verifica entre os países denominados de virtuosos, por estarem com as contas em dia, com pequenos déficits ou endividamentos (Holanda, Finlândia, Noruega, Dinamarca, Áustria e Alemanha) e os países em crise já referidos. Em tal contexto, pertinente a provocação de Gustavo Gozzi: “*Qual o senso de dar vida a uma constituição europeia se não há um cidadão europeu, como as desavenças entre os membros deixam entrever?*”¹¹

Em verdade, o desenvolvimento de uma consciência europeia é mais lento do que os tempos do mundo atual e há o risco de que a integração econômica não se transforme em integração política. O modelo atual sofre com o problema das eleições internas, em que reformas necessárias - porém antipáticas aos eleitores - implicam em “suicídio eleitoral”.

Por mais esse motivo, as reformas de tipo *spending review* são postas em dúvida pelos agentes de mercado, pois temem a vitória nas eleições de grupos políticos com propostas demagógicas descompromissadas com os esforços de austeridade.¹²

É interessante notar que a crise atual pode levar ao avanço da integração da Europa que havia sido bloqueado com a não aprovação da constituição europeia.

Segundo Luigi Daniele¹³, a aprovação não seria uma panaceia, pois cuidava de questões formais como bandeira e hino, mas não adentrava em questões econômicas como as que estão sendo discutidas no atual momento. Ademais, previa a possibilidade de denúncia, o que demonstra que a natureza jurídica não era de verdadeira constituição, mas sim de tratado internacional.

Na ótica de Aristide Police¹⁴, a União Europeia pode chegar a ser um estado federal, porém é ainda uma união incompleta, em que

11 GOZZI, op. cit. p. 364.

12 *Corriere della Sera*, edição do dia 12/07/2012.

13 Aula ministrada no dia 04/07/2012 aos alunos da AGU na Universidade Tor Vergata.

14 Aula ministrada no dia 09/07/2012 aos alunos da AGU na Universidade Tor Vergata.

permanece a soberania mitigada dos estados, a gerar um convívio de duas ordens jurídicas.

Isso dificulta a adoção das medidas necessárias para combater a crise econômica, pois as ordens internas de cada país limitam os poderes das autoridades centrais. Veja-se como exemplo a necessidade de que o tribunal constitucional alemão aprovasse a participação da Alemanha no Mecanismo de Estabilização Europeu.

O lado positivo da crise dos PIIGS é que ela desencadeou o avanço da integração financeira, medida necessária para a integração política.

Não é ocioso notar que, desde a sua criação pelo Tratado de Maastrich, a aceitação de um país na União Europeia já era precedida de um dever de controle interno das finanças públicas¹⁵, só que o controle interno não se mostrou eficiente.

Fez-se necessário o controle externo que está sendo gestado, com a criação da figura da *troika* (palavra russa que significa comitê de três membros; no caso: Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional) e do cargo de superministro europeu das finanças, ambos com poder de participação nos orçamentos internos dos países que utilizarem recursos do Mecanismo Europeu de Estabilização.

Tudo está a indicar um caminho de submissão a entes econômicos de integração, com perda de autonomia, mas com a perspectiva de equalização financeira, requisito para a futura criação de um superestado europeu, com integração política e uma verdadeira constituição.

2 O CASO ITALIANO

Cada um dos PIIGS lançou planos de redução dos custos de seus estados. Aqui será feita uma análise do caso italiano, cujo programa ficou conhecido na mídia local pelo nome de *spending review*. O cenário de fundo, contudo, é similar para todos eles.

A Itália foi governada por muitos anos por Silvio Berlusconi. Sem fazer qualquer juízo de valor a respeito desse controvertido político, fato é que foi necessária a instalação da crise econômica para que houvesse a renovação dos quadros políticos, com o surgimento de novas forças eleitorais como o movimento *cinque stelle* (cinco estrelas) liderado por um ex-humorista que se tornou político: Beppe Grillo.

Vale a pena lembrar que a Itália é um país parlamentarista, que o senhor Mario Monti não é um político, é um técnico, e que foi ele erigido a condição de primeiro ministro para salvar as finanças do país

15 REIS, Vanessa Cerqueira. *Revista de direito da associação dos procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. v. XIX. Rio de Janeiro: Lume Iuris, 2008. p.353.

e reconquistar a confiança dos investidores internacionais quanto ao equilíbrio das contas públicas.

E mais. Para que pudesse assumir a função, foi nomeado senador vitalício pelo presidente da república, na forma do artigo 59 da Constituição Italiana, que prevê a possibilidade de serem nomeados senadores vitalícios até cinco cidadãos que enaltecem a pátria, em virtude de elevadíssimos méritos no campo social, científico, artístico e literário.

O plano de austeridade, não obstante a radicalidade das medidas, foi aprovado pelo parlamento sem contestações, ou seja, mediante voto de confiança, tudo a demonstrar que se trata de uma questão de sobrevivência nessa arena que se tornou o mundo globalizado.

O jornal *Corriere della Sera* considerou as medidas traumáticas, porém inevitáveis, sensação compartilhada por todos os setores da sociedade e motivo para explicar a inexpressiva resistência aos cortes propostos¹⁶.

Em essência, o *Spending Review* de Mario Monti persegue o corte de luxos desnecessários, vistos como regalias pela população; o enxugamento da máquina estatal, com a extinção de estruturas ineficientes e a modernização tecnológica das restantes, de modo a imprimir tempos mais curtos e custos mais baixos.

O desiderato de levar os serviços a todos os cidadãos, típico das nações que conseguiram desenvolver o modelo do bem estar social, levou a uma expansão de estruturas que agora precisam ser revistas por conta de custos financeiros não mais assimiláveis.

Giancarlo Perone¹⁷ fala de *provvenimenti a pioggia* (chuva de prestações), representada por uma capilarização dos serviços que leva a um cenário de ineficiência estatal, com estruturas inchadas, indicativas de uma patologia da descentralização.

Chegou-se a cogitar até mesmo de fechamento de pequenos hospitais considerados ineficientes, medida que encontraria sérias dificuldades em ser aceita por tribunais brasileiros, considerado o estágio atual da dogmática do direito à saúde.

No entanto, no dizer do professor Cesare Mirabele¹⁸, ex-presidente da Corte Constitucional italiana, uma medida do gênero não é necessariamente ofensiva aos direitos fundamentais dos cidadãos, pois o que importa é que o direito seja prestado pelo poder público, a quem

¹⁶ Edição do dia 07/07/2012.

¹⁷ Aula ministrada no dia 06/07/2012 aos membros da AGU na Universidade Tor Vergata.

¹⁸ Aula ministrada no dia 05/07/2012 aos membros da AGU na Universidade Tor Vergata.

é conferida liberdade de organização. Disse também que o fechamento de hospitais ou quaisquer outras estruturas estatais em que reste demonstrada sua ineficiência é, em tese, possível.

Em outras palavras: o serviço de saúde deve ser prestado *incontinenti*, porém o modo de organizar as estruturas de saúde é discricionário do administrador, que pode, por exemplo, concentrar máquinas caras para tratamentos de ponta em poucas unidades especializadas, sem a necessidade de que todos os hospitais tenham os mesmos equipamentos.

No âmbito jurídico, é de se destacar o fechamento de dezenas de pequenos tribunais e procuradorias, cuja quantidade pequena de processos não justifica os custos de sua manutenção.

É certo que a população terá que se deslocar até tribunais mais distantes de suas residências, mas isso pode ser resolvido com a adoção do processo eletrônico, realidade que tem acelerado os tempos de tramitação de demandas no Brasil e que poderia ajudar a Itália a se livrar das pesadas condenações do Tribunal Europeu de Direitos Humanos por descumprimento ao direito de razoável duração do processo positivado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Por causa delas, a Itália instituiu a Lei Pinto, reconhecimento estatal da morosidade no serviço e mecanismo de indenização por excessiva duração dos processos judiciais.

Sem adentrar no tema, é notório que a Itália já gastou muitos milhões de euros com isso, valores que poderiam ter sido utilizados para sanar as falhas no serviço judiciário; ao revés, a Lei Pinto causa retroalimentação no volume de processos, uma espécie de círculo vicioso a aumentar o tempo de resolução de conflitos.

Desde a edição da Lei Pinto em 2001, já foram mais de 40.000 demandas com essa causa de pedir e já foram pagos mais de 150 milhões de euros de um total de cerca de 267 milhões de euros reconhecidos até o ano de 2009.¹⁹

Em artigo sobre o tema, o vice-presidente do Conselho Superior da Magistratura, Michele Vietti, reconheceu que o atual sistema não é só ineficiente, mas é também economicamente insustentável, por conta do constante aumento de condenações por excessiva duração do processo em sede interna e Europeia²⁰.

19 DE PAOLIS, Maurizio. *Eccessiva durata del processo: rissarcimento del danno*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2012. p. 132.

20 *Corriere della Sera*, edição do dia 25 de julho de 2012.

Salta aos olhos que a Lei Pinto não contribui para a melhoria da eficiência da prestação jurisdicional. Por essa razão, louvável a iniciativa italiana de trilhar os caminhos muito conhecidos no Brasil dos filtros de admissibilidade para os tribunais. De par com isso, a virtualização da justiça encontra arrimo na diretriz de incentivo ao uso dos modernos recursos tecnológicos como forma de acelerar tempos e reduzir custos.

Em relação ao corte de despesas com estruturas e agentes públicos, muitas medidas foram previstas. Vejamos algumas delas:

- Redução em 50% das verbas para aquisição, manutenção e aluguel de veículos destinados a conduzir autoridades (carros oficiais).
- Proibição de consultorias privadas por funcionários aposentados, prática que era comum nas empresas estatais.
- Redução de 10% no número de servidores; 20% no caso de funções dirigentes, com preferência para os mais velhos, que serão postos em pré-pensionamento ou disponibilidade por dois anos, com o recebimento de 80% dos vencimentos nessas duas situações. No segundo caso, aqueles que não forem recolocados no prazo referido, poderão ser demitidos.
- Fechamento de entes considerados inúteis, como agências de crédito cuja função pode ser desempenhada por bancos estatais.
- Diminuição da composição dos conselhos de administração das estatais para três pessoas, sendo que duas devem ser funcionários.
- Diminuição pela metade dos valores de auxílio-alimentação.
- Extinção de províncias com menos de trezentos e cinquenta mil habitantes e extensão inferior a três mil quilômetros quadrados

Muitas outras medidas compõe o programa, mas as que foram mencionadas acima são suficientes para estimular a reflexão jurídica sobre o tema.

Em termos de direito positivo, o fundamento jurídico do *spending review* é o princípio da eficiência, arrimado no art. 97, I da Constituição

Italiana de 1947, que afirma que a administração pública deve ser organizada de modo a assegurar *buon andamento*.

A opinião difusa da doutrina italiana é de que *buon andamento* seja sinônimo de eficiência²¹. A controvérsia que se instalou era sobre a eficácia jurídica, se seria norma programática ou de eficácia direta e imediata.

Conforme se verá no próximo capítulo, a eficiência é a mola motriz do novo modelo de organização do estado, o que afasta por completo a ideia de norma programática.

Na legislação ordinária, é de se destacar o art. 21 da Lei nº 312/80:

L'organizzazione del lavoro dei pubblici dipendenti sarà ispirata al principio della partecipazione e della responsabilità, al fine di assicurarne un continuo adeguamento ai valori di democrazia, funzionalità, buon andamento e imparzialità. L'organizzazione del lavoro deve essere finalizzata nel suo dinamico adeguamento alla realtà operativa dell'amministrazione, agli obiettivi di efficienza, di economicità, di efficacia, e di redditività dell'azione tecnico amministrativa e volta ad assicurarne il massimo coordinamento tra i vari livelli dell'amministrazione pubblica ed il soddisfacimento della domanda di servizi da parte della collettività nazionale, eliminando interferenze e duplicazioni di competenze, pareri e concerti esterni non necessari.

A norma colacionada tem baixa densidade normativa, dado o caráter abstrato de suas proposições. Melhor do que classifica-la como *soft law*, todavia, é atribuir-lhe o caráter de mantra, um ideário a iluminar a atividade da Administração e dos servidores públicos.

É de particular relevância a parte final, que trata de eliminar interferências e duplicação de competências. A observação da realidade demonstra que muitas vezes complica-se o simples através do desnecessário.

No Brasil, em passado não muito distante, tivemos um ministério voltado para a desburocratização e uma emenda constitucional (EC 19/98) voltada para a reforma do estado, de modo a torna-lo mais eficiente. A eficiência passou a constar expressamente como um dos princípios que regem a administração pública. A dogmática precisa evoluir para reconhecer que a ineficiência deve ser encarada como um vício jurídico que macula a integridade do ato praticado.

21 BATISTA, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 194

Um confronto da recente reforma estatal italiana com a constituição brasileira leva a conclusão de que ela não seria viável em *terrae brasiliis*. Com efeito, uma primeira constatação é que a constitucionalização das regras atinentes aos servidores públicos observada na CFRB/88 tornaria impossível, por inconstitucional, várias das medidas adotadas na Itália, a exemplo do pré-pensionamento com redução de vencimentos.

O fato de a constituição italiana não minudenciar regras sobre servidores públicos como faz a brasileira, permite passos mais largos na redução dos custos estatais. No caso italiano, a dificuldade sempre foi política, face à força institucional dos sindicatos de servidores públicos.

Outra constatação é da facilidade maior que o estado de tipo unitário, caso da Itália, tem para promover reformas. O estado de tipo federal tem por obrigação resguardar a autonomia dos estados-membros, outro obstáculo a engessar a possibilidade de modificação de estruturas.

Antes de passar ao estudo do novo modelo teórico de organização do estado, convido o leitor a um retorno ao passado, com vistas a descobrir as origens históricos da princípio da eficiência que será a base do novo modelo.

Na Itália, as raízes do princípio da eficiência podem ser encontradas em afrescos da idade média. Na cidade de Siena, mais especificamente no Palácio Municipal, o pintor Ambroglio Lorenzetti erigiu um conjunto pictórico de imensa carga semântica.

Em uma das paredes da sala de reunião dos nove conselheiros que comandavam a cidade, está a Alegoria do mal governo e de seus efeitos sobre o campo e a cidade. Nas outras duas, já que a quarta parede tem janelas e cortinas, estão a alegoria do bom governo e de seus efeitos sobre o campo e a cidade.

A obra foi realizada entre 1338/1339 e cogita-se que o autor tenha sido influenciado pelo livro *De bono communi* escrito pelo filósofo Remigio de Girolami em 1304. Nele se prega a submissão dos interesses individuais aos coletivos e a perseguição do bem comum como a razão de ser do Estado²².

Aconselha-se o leitor a procurar na internet as imagens, com vistas a melhor visualizar a descrição feita aqui. Inicia-se pela Alegoria do mal governo. Ele é figurado pela tirania, uma imagem diabólica ao pé da qual está amarrada a justiça entre os pratos despedaçados de uma balança. Nas palavras latinas que ornam a imagem (didascália), lê-se que o governo sem justiça não procura o bem comum.

²² CARLOTTI, Mariella. *Il bene di tutti*. Gli affreschi del buon governo. Florença: ed. Società Fiorentina, 2010. p. 58-59

A figura da tirania é estrábica: não enxerga direito e tem detalhes diabólicos tais como chifres e asas de morcego. Acima dela estão a vaidade, a avareza e a glória vã; do lado direito: a crueldade, a traição e a fraude; e do lado esquerdo: a fúria, a divisão e a guerra.

Os efeitos sobre a cidade e o campo são previsíveis: a cidade está em ruínas, somente o produtor de armas trabalha, a violência impera; no campo, incêndios queimam as plantações e grupos armados espalham o terror.

Do outro lado da sala, em oposição antinômica, a alegoria do bom governo. Da didascália que adorna a parte baixa, extrai-se o elogio a justiça pela frase "*diligite iustitiam qui iudicatis terram*", ou seja: amem a justiça vós que governam a terra. Sentada em um trono destacado do lado esquerdo da parede, ela é ajudada pela sapiência que segura a tradicional balança.

Em um dos pratos está representada a alegoria da justiça retributiva, que dá a cada homem o que merece, representada por um anjo que com uma mão corta a cabeça de um assassino e com a outra coroa o guerreiro vencedor; no outro prato da balança, a metáfora da justiça comutativa, que dá a cada um o que é seu, com um anjo que entrega a dois comerciantes os pesos e medidas para a honesta mercancia.

Do lado direito dessa mesma parede está outro trono, um pouco maior, ocupado por um ancião que personaliza o governo da cidade e o bem comum, conforme referido na didascália. Lá é dito os homens que amam a justiça tendem ao bem comum, condição de paz e prosperidade para qualquer comunidade humana, daí tais figuras aparecerem em tronos postos um do lado do outro.

Ao governo da cidade, sua prefeitura, atribui-se o nome de *comune*, ou seja, comum a todos. Isso significa que ele não é apenas um aparato político burocrático, ele é a *comunitas* que se organiza para a realização do bem comum. Disso decorre a identificação entre o bom governo e o bem comum.

A figura do bom governo é cercada de um lado pelas virtudes teológicas: a fé, a esperança, a caridade; do outro, pelas virtudes morais: a força de vontade, a prudência, a temperança, a magnanimidade e a paz.

Os efeitos do bom governo sobre a cidade e o campo são diametralmente opostos a aqueles do mal governo. A cidade viceja, com operários que constroem e comerciantes em plena atividade; no campo, os agricultores produzem em abundância, com paz e tranquilidade.

Os efeitos positivos da sábia administração da coisa pública são louvados nos versos finais da didascália, nas seguintes palavras: "*Per questo com trionfo a llui si danno, censi, tributi e signorie di terre, per*

*questo senza guerre, seguita poi ogni civile effetto, utile, necessario e di diletto*²³.

Vale referir que a expressão *comune* é utilizada até hoje para designar os municípios e seus governos, ainda que tenha surgido em um contexto de cidades-estado antes da unificação da Itália.

Essas cidades viviam em estado permanente de desconfiança recíproca, muitas vezes resultante em guerras, nos moldes da célebre frase de Hobbes: *homo homini lupus*.

A unificação italiana decorreu de uma variedade de fatores históricos, econômicos, políticos e sociais. Um dos fatores que contribuíram para isso²⁴, em maior ou menor modo, foi a influência dos sermões de São Bernardino por toda a Itália, que pregavam a paz e o bom governo²⁵, por vezes com referência expressa às imagens da pintura de Ambrogio Lorenzetti²⁶.

Com o advento do estado unitário e depois da república italiana, a ideia de estado inserida desde sempre no conceito de *comune* (comunidade, comum) amplia seus horizontes geográficos, porém mantém a essência de seu sentido, de coisa comum a todos: a *res publica*.

3 O MODELO NEOLIBERAL DE ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Além de uma doutrina econômica, o neoliberalismo pode ser visto como uma modalidade de governo dos homens. Não deve ser considerado como uma força externa ao Estado, que o corrói por fora, e sim um ideário de eficiência que mantém azeitadas suas engrenagens.

Sim, pois há um consenso sobre a razão de existir do Estado. É a realização do bem comum. É para isso que o Estado serve e ele não pode bem servir se não funcionar de modo eficiente. O cidadão tem direito fundamental a um Estado bem organizado, que funcione direito. Um bom governo.

A eficiência é a *grundnorm* kelseniana desse novo modelo e sofre a influência de conceitos como a produtividade, a celeridade, a economicidade, desburocratização e a responsabilidade fiscal. Anda de mãos dadas com princípios jurídicos de alto calibre, entre os quais a moralidade, a razoabilidade e a impessoalidade.

²³ Em tradução livre: Por isso a ele se dão (ao governo), censos, tributos e a senhoria de terras, por isso sem guerras, seguidas de cada efeito civil, útil, necessário e estimado.

²⁴ FACCHINETTI, Vittorino. *San Bernardino da Siena místico sole del secolo XV*. Milão: santa lega eucarística, 1933. p. 594.

²⁵ Ibid., p. 172.

²⁶ CARLOTTI, op. cit. p. 61.

A necessidade de que as prestações públicas sejam universais, de modo a atender ao máximo o princípio da impessoalidade, faz com que elas sejam mínimas, de modo a não se tornarem inexecutáveis.

Michel Foucault foi um pioneiro das ideias aqui tratadas. Em célebre passagem, consignou o salto epistemológico das razões de Estado do modelo clássico da soberania para as razões de Estado Mínimo²⁷, um novo paradigma de organização. É esse modelo de Estado Mínimo que as nações devem perseguir para adequar-se à práxis do século XXI.

Não é, contudo, o Estado Mínimo do liberalismo clássico, no qual a burguesia ascendente postulava que o Estado interferisse o menos possível no mercado. No neoliberalismo, o papel do Estado é fundamental, ainda que sob outro viés, o de ser um guardião do desenvolvimento e da segurança dos mercados²⁸.

Entre o liberalismo e o neoliberalismo, houve um momento histórico em que se desenvolveu, principalmente na Europa, a doutrina do Estado de bem estar social (*welfare state*). Esse modelo com generosas prestações mostrou-se inviável.

Com efeito, até o início do século XX, a despesa pública dos países desenvolvidos girava em torno de 10% do Produto Interno Bruto. Para fazer frente às prestações do modelo do *welfare state*, a despesa pública italiana foi no ordem de 35% do PIB em 1980, 45,3% em 1990 e 59% em 2010²⁹, momento em que o endividamento começou a afetar a estabilidade do país.

Não é sem motivo que José Joaquim Gomes Canotilho disse que a constituição dirigente morreu³⁰. No atual cenário de competição globalizada, os estados são constrangidos a fazer cortes nas despesas relativas aos direitos sociais, sob pena de inviabilizar o equilíbrio das contas públicas.

Calha referir a crítica de José Eduardo Faria ao princípio da vedação do retrocesso. Para o autor, cada programa de bem-estar consolidado passa a ser considerado como direito adquirido por seus usuários, a alimentar a crise fiscal, pois é inexorável a propensão dessas

27 FOUCAULT, Michel. *Nascita della biopolitica I. Corso al Collège de France (1978-1979)*. Milão: Feltrinelli, 2005. p. 36. apud GARAPON, Antoine. *Lo stato minimo*. Milão: Raffaello Cortina. 2012. p. 10.

28 GARAPON, op. cit. p. 175.

29 CASSESE, op. cit. p. 302.

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 2001 apud COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5.

despesas a se expandirem numa velocidade superior ao suportável pela estrutura econômica em que estão inseridas³¹.

O enfrentamento dos déficits que o modelo do *welfare state* gera é necessário para equacionar as finanças do estado, de modo a estabelecer um planejamento responsável voltado para as reais atribuições do poder público, pois não se concebe mais a ideia de um Estado que seja garantidor universal³², como certas decisões de nossos tribunais, em especial no campo da saúde, insistem em afirmar com convicção.

Mais do que uma teoria jurídica, a reserva do possível é uma realidade financeira. Variados países europeus, comumente citados na doutrina jurídica brasileira como modelos a serem seguidos, estão limitando os direitos sociais por não conseguirem arcar com seus custos.

A busca de eficiência vai além dos mercados, espalha-se para variados setores da vida humana: instituições, tribunais, governos. Veja-se o fenômeno da agencificação³³, ou seja, a criação de agências nacionais que premiam com recursos os melhores projetos, em vez de distribuir equitativamente o orçamento entre os variados órgãos. É a prova de que a concorrência chega até o interior das estruturas públicas

Com efeito, a ideia de sobrevivência das estruturas eficientes em um contexto de concorrência estende sua aplicação a hipóteses antes impensadas e até impensáveis, como as grandes ONGs internacionais, que precisam adotar um esquema de funcionamento muito próximo aos modelos empresariais, com marketing, estratégias de comunicação, valoração de desempenho, tudo com vistas a atrair financiamentos públicos e privados³⁴.

A natureza jurídica das ONGs afasta o intuito empresarial, mas precisam se organizar desse modo para atingir o desiderato não empresarial, conforme descrito com fina ironia no romance “A exceção”, de Christian Jungersen³⁵.

Em tese, a análise econômica utilitarista que move o neoliberalismo pode ser encontrada até mesmo em nível microscópico, no comportamento de cada pessoa, pois cada decisão humana é tomada a partir do cotejo entre custos e benefícios.

A ideia de responsabilidade fiscal, que demorou tanto tempo até ser assimilada pelos poderes públicos, é conceito basilar da economia

31 FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. Malheiros, 2004. p. 120.

32 REIS, op. cit., p. 352.

33 GARAPON, op. cit. p. 14.

34 Ibidem

35 JUNGENSEN, Christian. *A exceção*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2008.

doméstica: não se deve gastar mais do que se ganha, sob pena de criar-se um déficit que leva ao endividamento, situação que as pessoas responsáveis procuram evitar. Quando as contas não fecham, reduzem os gastos.

Não é só com o corte de gastos que o Estado busca eficiência de gestão. O combate ao déficit público pode ser feito também através do aumento da arrecadação de receitas do Estado.

Há, entretanto, limites ao estado neoliberal guiado pela eficiência, como alerta Onofre Alves Batista Jr: “*o princípio da eficiência não veicula, de modo algum, um vetor constitucional que forneça ao estado instrumental antidemocrático de transposição de garantias postas em lei*”³⁶.

Nesse diapasão, é preciso distinguir as iniciativas válidas daquelas eivadas de vícios que a maculam com a pecha da abusividade inaceitável, algumas a revelar caminhos perigosos que podem desembocar em distopias da eficiência.

Tome-se como exemplo os serviços de *easy parking* praticados em aeroportos da Itália (para informações e reservas: www.adr.it) e da Inglaterra. Eles envolvem não só o estacionamento, mas também o desembaraço alfandegário por vias preferenciais.

O privilégio antes reservado a chefes de estado e agentes diplomáticos, sob a justificativa de serem prerrogativas do cargo, agora está ao alcance de todo cidadão, desde que pague o estado pelo tratamento preferencial.

E não há problemas em estipular tratamento diferenciado a clientes *vip* na parte privada da atividade: cadeira de avião, fila do *check-in* pela companhia aérea, até mesmo no estacionamento do aeroporto, normalmente operado em regime de concessão. O limite está nas atividades típicas de estado, as quais não podem tratar diferencialmente os cidadãos, sob pena de fazer tábula rasa desse conceito fundamental que é a cidadania e criar cidadãos de categorias diversas, divididos em inaceitáveis castas econômicas.

Sem esquecer que o sistema de *common law* de viés liberal adotado nos Estados Unidos é visceralmente distinto do nosso, vejamos alguns exemplos da realidade americana: muitas cidades cobram cerca de 10 dólares para o motorista poder dirigir na faixa seletiva reservada a ônibus e taxis³⁷, escolas públicas vendem espaço publicitário até mesmo

36 BATISTA JUNIOR, op. cit, p. 705.

37 SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra-limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012. p. 24

nos boletins com as notas dos alunos³⁸: A publicidade invade até as laterais das carros de polícia, ambulâncias e caminhões de bombeiros³⁹.

Essa realidade chamou a atenção do jornalista Massimo Gaggi, que em sua coluna de jornal criticou acidamente a venda de espaço publicitário em documentos escolares. Segundo ele, tais práticas suscitam “*uma série de problemas práticos e interrogações éticas*”.⁴⁰

Na visão de Michael Sanders, trata-se de uma forma de corrupção de valores, pois a corrupção não envolve apenas pagamento de propina, ela pode significar a degradação de um bem ou prática social.⁴¹

Não se pode aceitar que o neoliberalismo implique em mercificação de todas as coisas que integram o mundo⁴², pois desde a antiguidade muitas delas devem ser consideradas como *res extra commercium* (bens fora do comércio), porquanto degradadas ou corrompidas quando transformadas em mercadorias.⁴³

4 CONCLUSÕES

O neoliberalismo é uma realidade. Sem demonizá-lo, é necessário não só enfrentar suas consequências negativas, mas também usufruir o que traz de positivo para a sociedade, mormente a busca de eficiência da máquina estatal para melhor perseguir o bem comum.

Antoine Garapon afirma que o neoliberalismo amputa, mas não mata⁴⁴. Ao contrário, a ablação dos cortes promovida por programas de tipo *spending review* é apresentada como uma forma de medicina terapêutica, curativa da moléstia representada por estruturas ineficientes.

O controle dos gastos estatais e o equilíbrio das contas públicas são fundamentais para que os estados não enfrentem crises de desconfiança dos mercados desterritorializados, cuja marca distintiva é a facilidade de circulação do dinheiro⁴⁵.

Somente o desenvolvimento de entes internacionais de regulação poderá combater o totalitarismo do modelo neoliberal globalizado⁴⁶.

38 SANDEL, op. cit., p. 199.

39 Ibidem. p. 193.

40 Corriere della sera, edição do dia 8 de julho de 2012.

41 SANDEL, op. cit., 38.

42 GARAPON, op. cit., p. 13.

43 SANDEL, op. cit., 16.

44 GARAPON, op. cit., p. 188.

45 Ibidem p. 117.

46 GOZZI, op. cit., p. 370.

Sem embargo, talvez sejam necessárias estruturas supra estatais para combater os efeitos colaterais das transformações econômicas que levaram a crise de soberania das nações, em especial o fluxo de capitais, boa parte deles com origem ilícita.

Conforme dito no início, nenhum país pode deixar de fazer a lição de casa. O Brasil está em situação confortável no panorama mundial por ter adotado medidas saneadoras na década de noventa como a estabilização do valor da moeda com o Plano Real, o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional - PROER, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a assunção e refinanciamento das dívidas dos estados-membros pelo ente central, questões que, *mutatis mutandi*, estão sendo enfrentadas pela Europa no momento atual.

Uma medida recente que merece encômios é a Lei de Acesso a Informação, que deu efetividade ao art. 5º, XXXIII da CF/88, ao permitir o controle dos gastos estatais pela coletividade dos cidadãos. Graças a ela, descobriram-se inúmeros servidores com vencimentos superiores ao teto constitucional, o que não pode ser aceito em um estado de direito.

A incerteza da economia mundial, todavia, recomenda que outras medidas sejam adotadas espontaneamente, antes que se instale uma crise de confiança que obrigue a toma-las por coação irresistível dos mercados.

REFERÊNCIAS

CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di diritto costituzionale*. Padua: Cedam, 1970.

GARAPON, Antoine. *Lo stato mínimo*. Milão: Raffaello Cortina, 2012.

GOZZI, Gustavo. *Diritti e civiltà*. Bolonha: il Mulino, 2010.

FACCHINETTI Vittorino. *San Bernardino di Siena místico sole del secolo XV*. Milão: Santa Lega Eucarística, 1933.

CARLOTTI, Mariella. *Il bene di tutti*. Florença: società editrice fiorentina, 2010.

DE PAOLIS, Maurizio. *Eccessiva durata del processo: risarcimento del danno*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2012.

NAPOLEONI, Loretta. *Economia canaglia il lato oscuro del nuovo ordine mondiale*. Milão: il Saggiatore, 2008.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

BATISTA, Onofre Alves, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo horizonte: Mandamentos, 2004.

REIS, Vanessa Cerqueira. O federalismo fiscal e a lei de responsabilidade fiscal: mitos e realidades. *Revista de direito da associação dos procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XIX, 343-368, 2008.



O SISTEMA DE TUTELA JURISDICIONAL DA UNIÃO EUROPEIA

THE JUDICIAL SYSTEM OF THE EUROPEAN UNION

Felícia Carvalho Machado
Procuradora Federal
Pós-graduanda em Direito Público pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1. A ação por descumprimento; 2 O recurso de anulação; 3 O recurso por omissão; 4 A ação de indenização; 5 A competência prejudicial: noções gerais; 5.1 Admissibilidade e relevância das questões prejudiciais; 5.2 A noção de jurisdição; 5.3 Faculdade e dever de reenvio; 5.4 O objeto das questões prejudiciais; 5.5 Os efeitos das decisões prejudiciais; 6 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Pretendemos, ao longo do presente artigo, apresentar ao leitor breves noções sobre o sistema de tutela jurisdicional da União Europeia, que é dividido em dois níveis, o Tribunal de Justiça da União Europeia os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros. Discorreremos, em linhas gerais, sobre as principais ações de competência do Tribunal de Justiça da União Europeia, previstas, pelos tratados da União Europeia, como forma de garantir o respeito à ordem jurídica comunitária, por parte de todos os seus destinatários (instituições, órgãos e organismos comunitários, Estados-membros e particulares – indivíduos e empresas), e de assegurar uma interpretação e uma aplicação uniformes do direito da União Europeia.

PALAVRAS-CHAVES: União Europeia. Tribunal de Justiça. Tutela jurisdicional. Direito Comunitário. Competência.

ABSTRACT: We intend, throughout this article, to present to the reader brief notions about the judicial system of the European Union, which is divided in two levels, the Court of Justice of the European Union and the Courts of Justice of the States members. We will speak, in general, about the main actions of jurisdiction of the Court of Justice of the European Union, provided, by the treaties of the European Union, as a way of ensuring respect to the community legal order, by all its recipients (community bodies, agencies and institutions, States members and privates – individuals and companies), and assuring an uniform interpretation and application of the European Union law.

KEYWORDS: European Union. Court of Justice. Judicial System. Community Law. Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

A seguir, será apresentado um apanhado geral sobre as principais ações e recursos de *competência direta* do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) - ação por descumprimento, recurso de anulação, recurso por omissão e ação de indenização - utilizados como forma de garantir o respeito à ordem jurídica comunitária; e sobre o procedimento do reenvio prejudicial (*competência indireta*), que funciona como uma espécie de cooperação entre os dois níveis do sistema de tutela jurisdicional da União Europeia (o TJUE e os órgãos jurisdicionais dos Estados-membros), visando assegurar a interpretação e a aplicação uniforme do direito da União Europeia.

1 A AÇÃO POR DESCUMPRIMENTO

É disciplinada nos artigos 258 a 260 do Tratado de Funcionamento da União Europeia¹ (TFUE) e tem por objeto a violação por um Estado-membro de qualquer uma das obrigações que lhe são impostas pelos tratados.

O objeto da ação pode se referir, salvo algumas exceções expressamente previstas nos tratados, à violação de qualquer obrigação derivada diretamente dos tratados ou dos atos deles derivados.

A responsabilidade pela violação é objetiva, não sendo necessário demonstrar a culpa ou o dolo por parte do Estado-membro ou de seus órgãos. Por outro lado, o Estado-membro não pode justificar a violação pela ocorrência de eventos internos, como a dissolução antecipada do parlamento nacional ou de uma crise de governo, nem pode invocar dificuldades derivadas, por exemplo, da necessidade de respeitar determinadas obrigações constitucionais ou a repartição das competências internas entre Estados e regiões ou outros entes territoriais. Também não é possível justificar a violação no comportamento, também contrário ao direito comunitário, dos outros Estados-membros.

O procedimento para propor uma ação por descumprimento varia de acordo com o sujeito que assume a iniciativa. O art. 258 do TFUE disciplina as hipóteses mais frequentes quando seja a Comissão², enquanto guardiã da legalidade comunitária, a instaurar o procedimento. O art. 259, por sua vez, contempla a possibilidade quando seja um Estado-membro a instaurá-lo.

1 Substituiu, a partir da vigência do Tratado de Lisboa em 1º de dezembro de 2009, o Tratado que estabelece a Comunidade Europeia (TCE) firmado em Roma em 1957.

2 Órgão comunitário, a quem compete assegurar, em larga medida, a aplicação dos Tratados e a execução dos atos normativos adotados no quadro da União Europeia.

Não é permitido a outros sujeitos, em particular aos cidadãos, instaurar o procedimento e, em geral, dirigir-se diretamente ao TJUE por uma suposta violação, por parte de um Estado-membro, das obrigações decorrentes dos tratados. Esses podem apenas denunciar a violação à Comissão ou ao próprio Estado-membro para solicitar-lhes sua intervenção.

Em ambos os casos são previstas duas fases: a) uma fase pré-contenciosa preliminar; e b) uma fase contenciosa, que se desenvolve perante o TJUE.

A fase pré-contenciosa possui duas finalidades. Em primeiro lugar, favorece a composição amigável da controvérsia quanto ao cumprimento das obrigações decorrentes dos tratados, podendo-se evitar a intervenção do TJUE. Em segundo lugar, a fase tem uma finalidade processual: o seu desenvolvimento é condição de recebimento da ação pelo TJUE. Uma ação que não for precedida de uma fase pré-contenciosa será não apenas inadmissível, como também a inserção no objeto da ação de controvérsias diversas daquelas levantadas na fase pré-contenciosa provocará o não recebimento parcial da ação, exceto se se tratar de uma simples continuação de comportamentos já contestados.

A fase contenciosa, ao contrário, prevê a propositura da ação de descumprimento perante o TJUE e a prolação uma decisão judicial.

A fase pré-contenciosa possui as seguintes etapas: a) envio ao Estado-membro de uma carta de notificação, que tem o caráter de nota de culpa, por meio da qual a Comissão expõe a ilegalidade cometida pelo Estado-membro e fixa um prazo dentro do qual o Estado-membro deverá apresentar as observações que achar oportunas; b) apresentação das observações pelo Estado-membro (na falta dessas, a Comissão pode passar à fase sucessiva); e c) emissão de um parecer motivado, mediante o qual a Comissão estabelece definitivamente as ilegalidades cometidas pelo Estado-membro e o convida a saná-las dentro do prazo estabelecido.

O ato final da fase pré-contenciosa é constituído por um ato não vinculativo, por meio do qual a Comissão se limita a exprimir a sua opinião. Isso porque, no sistema do TFUE, o poder de constatar a ilegalidade cometida por um Estado-membro não compete à Comissão, mas ao TJUE³. Por conseguinte, o Estado-membro não é obrigado a observar o parecer da Comissão, o fazendo apenas se preferir evitar o ajuizamento de uma ação de descumprimento perante o TJUE. O fato de o parecer motivado não ser vinculativo exclui a impugnação nos termos do art. 263 do TFUE.

3 DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione Europea*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 2010. p. 291,

Na prática, todavia, o diálogo entre a Comissão e o Estado-membro é muito mais complexo e passa pela troca de várias cartas e a realização de uma ou mais reuniões entre funcionários do Estado-membro e da Comissão. A duração do procedimento depende da Comissão, a cuja discricionariedade é remetida a opção de acabá-lo, emanando o parecer motivado.

Para algumas matérias se aplica um procedimento especial, no qual não é necessário experimentar a fase pré-contenciosa prevista no art. 258. O caso mais importante é previsto no art. 108, parágrafo 2º, do TFUE, em matéria de controle sobre a ajuda do Estado às empresas. Nessa área, a Comissão, após haver intimado os interessados a apresentar suas observações, assume uma verdadeira decisão, com a qual obriga o Estado, que tenha concedido uma ajuda não permitida, a suprimi-la ou modificá-la dentro do prazo fixado. Se o Estado-membro não o fizer, a Comissão pode dirigir-se diretamente ao TJUE.

A passagem à fase contenciosa somente é possível quando o prazo fixado no parecer motivado tenha decorrido *in albis*. Nos termos do art. 258 do TFUE, “Se o Estado em causa não proceder em conformidade com este parecer no prazo fixado pela Comissão, esta pode recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia.”

Como evidencia a expressão verbal utilizada (pode recorrer), a Comissão não é obrigada a recorrer ao TJUE, nem a fazê-lo dentro de um prazo pré-determinado. Todavia, uma vez proposta a ação perante o TJUE, a eventual eliminação da violação contestada, por parte do Estado-membro, não possui qualquer consequência sobre o resultado do processo.

A fase contenciosa termina com um acórdão do TJUE. Em caso de procedência da ação, o TJUE se limita a reconhecer que o Estado-membro não cumpriu uma obrigação decorrente dos tratados. Trata-se, portanto, de uma decisão meramente declaratória e não de uma decisão constitutiva, tampouco condenatória.

O Estado-membro, todavia, nos termos do art. 260, §1º, do TFUE, “deve tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do Tribunal”. O acórdão não indica quais as medidas que o Estado-membro deve adotar, tampouco o prazo em que deverá proceder.

A omissão (ou o atraso) na adoção das medidas necessárias para cumprir o acórdão pode levar a Comissão a iniciar contra o Estado-membro um segundo procedimento de infração por violação do art. 260 do TFUE. Originalmente, esse procedimento não se distinguia em nada daquele previsto no art. 258 do TFUE e não podia levar a outra coisa senão a uma segunda decisão declaratória pelo TJUE. Para aumentar

a eficácia do segundo procedimento, acrescentou-se uma disciplina específica, contida no parágrafo 2º do art. 260. A maior novidade consiste na possibilidade do segundo procedimento conduzir à prolação, contra o Estado-membro inadimplente, de uma verdadeira decisão condenatória ao pagamento de uma sanção pecuniária.

Uma hipótese especial está prevista no parágrafo 3º do art. 260 para as infrações consistentes no descumprimento da obrigação de comunicar as medidas de transposição de uma diretiva adotada de acordo com um processo legislativo. Nesses casos, tanto a indicação da Comissão da sanção a ser imputada contra o Estado inadimplente quanto o acórdão do TJUE no qual a sanção é cominada, dentro dos limites do montante indicado pela Comissão, podem já ensejar o êxito do primeiro procedimento de infração⁴.

O art. 259 do TFUE disciplina o procedimento de infração iniciado por iniciativa de um Estado-membro. O Estado “deve submeter o assunto à Comissão”, pedindo-lhe para agir contra outro Estado-membro. A Comissão deve dar oportunidade aos Estados interessados de apresentar, em processo contraditório, as suas observações. Sucessivamente, a Comissão emite um parecer motivado.

Todavia, se o parecer não tiver sido formulado no prazo de três meses a contar da data do pedido, o Estado-membro pode recorrer diretamente ao TJUE. No caso de procedência da ação, o acórdão do TJUE terá as mesmas características de uma decisão proferida em uma ação proposta pela Comissão.

O art. 260, §1º do TFUE, não faz distinção em função da pessoa do recorrente. Todavia, o poder de pedir a cominação de uma sanção pecuniária contra o Estado-membro por ocasião de um segundo procedimento de infração é reservado à Comissão.

2 O RECURSO DE ANULAÇÃO

Disciplinado nos artigos 263 e ss. do TFUE, constitui a principal forma de controle jurisdicional da legalidade, prevista para os atos das instituições comunitárias.

O TJUE considera-se o único órgão competente a controlar a legalidade dos atos das instituições comunitárias e, se for o caso, a declarar sua ilegalidade ou anulá-los. O TJUE acredita, portanto, estar investido no monopólio do controle de legalidade do direito derivado da União Européia. Em consequência, os juízes nacionais (incluídos as

⁴ DANIELE, op. cit., p. 295.

Cortes Constitucionais dos Estados-membros), não dispõe do poder de declarar inválido nem também de desaplicar um ato das instituições comunitárias que não tenha sido já declarado inválido pelo TJUE⁵.

Para impedir um juiz nacional de autonomamente avaliar a validade de um ato das instituições, o TJUE sustenta que, se cada juiz nacional pudesse proceder nesse sentido, a aplicação uniforme do Direito da União Europeia, que é um dos objetivos do procedimento de reenvio prejudicial, se minaria: cada um dos juízes nacionais poderia chegar a uma conclusão diversa. O TJUE recorda que o art. 263 do TFUE lhe atribui uma competência exclusiva para anular um ato das instituições comunitárias. Portanto, a coerência do sistema (de tutela jurisdicional) exige que seja reservado ao Tribunal de Justiça o poder de declarar a invalidade do mesmo ato, se esta é invocada perante um juiz nacional. O juiz nacional que possua dúvidas sobre a validade de um ato das instituições comunitárias, não tem outra escolha senão a de submeter a questão prejudicial de validade ao TJUE⁶.

Nesses casos, o reenvio é obrigatório, ainda se o juiz não é de última instância. Vice-versa, segundo o TJUE, os juízes nacionais podem examinar a validade de um ato comunitário e, se considerarem infundados os motivos de invalidade suscitados pelas partes, rejeitam-os, concluindo pela plena validade do ato⁷.

O art. 263 do TFUE define os atos impugnáveis, referindo-se a três critérios: a) o autor; b) o tipo; c) os efeitos.

No que se refere ao autor, podem ser impugnados os atos de todas as instituições comunitárias (art. 13, parágrafo 1º, TUE), exceto o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas, bem como os atos dos órgãos ou organismos da UE.

Todos esses sujeitos são, portanto, dotados de legitimação passiva no âmbito do recurso de anulação.

Quanto ao tipo de atos impugnáveis, o art. 263 do TFUE distingue inicialmente os atos legislativos dos atos não legislativos. Os atos legislativos são sempre impugnáveis. A impugnação dos demais, que são designados genericamente como atos, depende do terceiro critério, o dos efeitos; tendendo o art. 263 a limitar a impugnação dos atos não legislativos àqueles que produzam efeitos jurídicos contra terceiros.

No que refere ao Conselho, à Comissão e ao Banco Central Europeu (BCE), este objetivo é alcançado implicitamente, excluindo a impugnação

⁵ DANIELE, op. cit., p. 297.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

de recomendações ou pareceres, e permitindo, ao contrário, a impugnação de qualquer outro ato de tais instituições pertencentes às outras categorias do art. 288 do TFUE (regulamentos, diretivas e decisões).

Para as outras instituições (Parlamento europeu e Conselho europeu) e para os órgãos e organismos da UE, ao revés, considerada a natureza atípica dos atos que adotam, o art. 263 estabelece expressamente que se devem tratar de atos que produzam efeitos jurídicos contra terceiros.

Os sujeitos legitimados a propor o recurso de anulação (legitimidade ativa) são individuados nos parágrafos do art. 263 do TFUE. Cada um desses parágrafos prevê condições diversas de recebimento. Pode-se, portanto, falar de três categorias de recorrente.

A primeira categoria é conhecida como aquela dos chamados recorrentes privilegiados. Compreende os Estados-membros, o Parlamento europeu, o Conselho, a Comissão.

Trata-se de *recorrentes privilegiados* tendo em vista que o seu direito de recurso é de caráter geral. Em particular, podem propor recurso contra qualquer ato que se enquadre na definição de ato impugnável e não precisam demonstrar nenhum interesse específico para recorrer, sendo considerados portadores de um interesse geral à legalidade dos atos das instituições comunitárias.

A segunda categoria é constituída pelo Tribunal de Contas, pelo BCE e pelo Comitê das regiões. Sua posição pode ser definida como a dos *recorrentes intermediários*. A legitimidade para recorrer desses sujeitos não é geral, mas especificamente destinada à salvaguarda de suas próprias prerrogativas. Apenas podem recorrer, portanto, para sustentar que o ato impugnado invade esfera reservada a sua competência ou prejudica o seu exercício.

A terceira categoria é constituída pelas pessoas físicas e jurídicas, conhecidas também como *recorrentes não privilegiados*. As condições impostas ao direito de recorrer desses sujeitos são definidas de forma particularmente restritiva.

O §4º do art. 263 do TFUE dispõe que “Qualquer pessoa física ou jurídica pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como contra os atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução.”

A norma disciplina, portanto, três hipóteses distintas.

A primeira hipótese é aquela em que uma pessoa física ou jurídica impugna um ato adotado contra si, isto é, um ato do qual o recorrente

seja destinatário. Neste caso, é necessário apenas demonstrar o interesse de recorrer (isto é, o direito subjetivo do recorrente é prejudicado pela permanência do ato impugnado).

A segunda hipótese é aquela em que uma pessoa física ou jurídica impugna um ato do qual não é formalmente o destinatário. Para recorrer contra um ato desse gênero o recorrente deve demonstrar que o ato lhe diz respeito direta e individualmente.

A terceira hipótese constitui, em realidade, uma derrogação em relação à segunda. A pessoa física ou jurídica, também neste caso, não é o destinatário formal do ato impugnado. O ato, todavia, deve ser um ato regulamentar que não necessite de medidas de execução. Para impugnar tais atos, o recorrente bastará demonstrar que o ato lhe diz respeito diretamente (e não também individualmente como na segunda hipótese).

Os vícios que podem ser alegados no âmbito de um recurso de anulação estão previstos no art. 263, § 2º, do TFUE. São eles: a) incompetência; b) violação das formas substanciais; c) violação dos tratados ou de qualquer regra de direito relativa à sua aplicação; d) desvio de finalidade.

A *incompetência* pode ser interna ou externa. Há *incompetência interna* quando a instituição que emite o ato não possui competência para fazê-lo, porque essa competência pertence a outra instituição. Há *incompetência externa* quando nenhuma instituição possui a competência de emitir o ato em questão, que não pertence a UE, mas aos Estados-membros.

A *violação das formas substanciais* subsiste quando não são respeitados aqueles requisitos formais de tal importância a influir sobre o conteúdo do ato. Pode tratar-se, inicialmente, de formas relativas ao procedimento a ser seguido para emanção do ato, como, por exemplo, a obrigação de consulta ao Parlamento ou ao Comitê econômico e social ou, em matéria de concorrência, a oitiva das empresas interessadas antes da adoção da decisão final. Um ato adotado sem observância dessas formalidades é viciado e deve ser anulado.

Outras hipóteses de formas substanciais referem-se ao ato em si mesmo. A mais importante é constituída pela violação da obrigação de *motivação*, prescrita em termos gerais no art. 296, §2º, do TFUE. O defeito de motivação é considerado de ordem pública, detectável, em quanto tal, de ofício.

A obrigação de motivação é violada quando a motivação é de toda ausente ou quando é insuficiente. A extensão que a motivação deve assumir varia em razão da natureza do ato em questão: se o ato é destinado a produzir efeitos individuais, como ocorre geralmente com

as decisões, a motivação deve ser mais precisa e detalhada que para um ato destinado a operar com eficácia geral, como um regulamento ou uma diretiva. Deve-se levar em consideração também o contexto em que o ato foi adotado.

O vício de violação dos tratados e de qualquer regra de direito relativa à sua aplicação é o mais frequentemente invocado, tendo em vista que, de um ponto de vista lógico, engloba também a incompetência e a violação das formas substanciais⁸. O vício é expressão do princípio da hierarquia das fontes do direito da UE e pode referir-se à violação de qualquer norma jurídica que deve ser considerada superior em relação ao ato impugnado, incluídos os princípios gerais, os direitos fundamentais, os princípios gerais de direito internacional e os acordos internacionais.

O último vício de legalidade é constituído pelo desvio de finalidade, que ocorre quando uma instituição emana um ato de sua competência, perseguindo, todavia, objetivos diversos daqueles para os quais a competência lhe foi atribuída.

Segundo o art. 263, §5º, do TFUE, o prazo de recurso é de dois meses, fluindo: a) da publicação do ato, se foi publicado; b) da notificação, se foi notificado (apenas para os destinatários da notificação); c) do dia em que o recorrente tiver conhecimento do ato, na falta de publicação ou notificação.

A eficácia da decisão de anulação é disciplinada no art. 264 do TFUE.

O §1º contém a regra geral, dispondo: “Se o recurso tiver fundamento, o Tribunal de Justiça da União Europeia anulará o ato impugnado”. A decisão possui, portanto, efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

O §2º prevê uma exceção à regra geral: “Todavia, o Tribunal indica, quando o considerar necessário, quais os efeitos do ato anulado que se devem considerar subsistentes”.

As limitações estabelecidas pelo TJUE podem ter por objeto o caráter *ratione personarum* da anulação: neste caso o ato é anulado apenas em relação ao recorrente. Mais frequentemente, a limitação tem por objeto o caráter temporal da anulação, estabelecendo-se que os efeitos não decorram *ex tunc*, mas a partir de um momento sucessivo indicado pelo TJUE (em geral a data da decisão) ou a partir da adoção de um novo ato pelas instituições.

Nos termos do art. 266, §1º, do TFUE, “A instituição, o órgão ou o organismo de que emane o ato anulado, ou cuja abstenção tenha sido declarada contrária aos Tratados, deve tomar as medidas necessárias à

8 DANIELE, op. cit., p. 315.

execução do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia.” Esta obrigação vale, em particular, no caso em que a mera anulação em razão do acórdão do TJUE se revela insuficiente.

Contudo, é resguardado o direito dos interessados a reclamar a responsabilidade extracontratual do autor do ato anulado.

O controle dos atos das instituições, exercitado pelo TJUE com base do art. 263, é um *controle de mera legalidade*. O acórdão, portanto, se limita a anular o ato, caso verifique a existência de um vício de legalidade e o recurso seja acolhido.

O art. 261 do TFUE prevê, todavia, que regulamentos adotados conjuntamente pelo Parlamento e pelo Conselho ou apenas pelo Conselho podem atribuir ao TJUE também uma *competência de mérito*, limitada ao reexame das sanções previstas no mesmo regulamento. Em casos do gênero, o TJUE dispõe do poder de modificar a quantidade da sanção.

3 O RECURSO POR OMISSÃO

É disciplinado no art. 265 do TFUE e constitui outra forma de controle jurisdicional da legalidade do comportamento das instituições comunitárias. O objeto de controle nestes casos é um comportamento omissivo que é considerado ilegal, porque considerado como violação de uma obrigação de agir prevista nos tratados.

Os pressupostos do recurso são, portanto: a) a existência de uma obrigação de agir contra a instituição em causa; b) a violação dessa obrigação.

A violação de um dever de agir pode ser invocada por meio de um recurso nos termos do art. 265 do TFUE desde que: a) a instituição, o órgão ou o organismo em causa tiver sido previamente convidado a agir; b) tiver decorrido um prazo de dois meses da data do convite, sem que a instituição tenha tomado posição. Na falta desses requisitos, o recurso não é admissível. O art. 265, portanto, também prevê uma *fase pré-contenciosa* obrigatória.

O pedido de agir deve ser formulado em maneira tal que a instituição compreenda que, em caso de inércia, arrisca a se submeter a uma ação judicial. Além disso, deve indicar com clareza e precisão as medidas que a instituição deve adotar.

Para interromper a mora, não é necessário que a instituição adote as medidas requeridas, mas é suficiente que tome uma posição. Mesmo um ato de conteúdo negativo (a negativa expressa e motivada de emanar o ato requerido), ou a adoção de um ato de conteúdo não coincidente com o requerido constituem tomada de posição, nos termos do §2º do

art. 265, e tornam eventual recurso privado de objeto. Fica ressalvada a possibilidade de impugnar tais atos nos termos do art. 263 do TFUE. A tomada de posição, todavia, deve ser definitiva. Uma comunicação de caráter meramente interlocutório faria subsistir a mora.

Se a instituição não toma uma posição dentro de dois meses do pedido, o sujeito que o formulou pode apresentar um recurso ao TJUE dentro outros dois meses (*fase contenciosa*).

Se a tomada de posição ocorrer após passados os dois meses do pedido ou mesmo após a apresentação do recurso (mas obviamente antes que o TJUE tenha decidido), o recurso perde o objeto, salvo a possibilidade de condenação da instituição ao pagamento das despesas processuais.

Os sujeitos contra os quais pode ser proposto um recurso por omissão são (*legitimidade passiva*):

- a) o Parlamento europeu, o Conselho europeu, o Conselho, a Comissão e o BCE;
- b) os órgãos e organismos da UE. Por sua vez, os sujeitos que podem dirigir-se ao juiz comunitário (*legitimação ativa*) são distintos em duas categorias.

Aqueles pertencentes à primeira categoria podem ser definidos como *recorrentes privilegiados*, dispondo de um direito de recurso particularmente amplo e não sujeito a limitações referentes ao interesse de recorrer ou ao tipo de omissão contestada. São os Estados-membros e as outras instituições. O termo *outras instituições* é genérico e se presta a compreender também o BCE e o Tribunal de Contas.

A segunda categoria inclui qualquer pessoa física ou jurídica. Pode falar-se também neste caso de *recorrentes não privilegiados* na medida em que tais sujeitos dispõem apenas de um direito de recurso limitado. Nos termos do §3º do art. 265 do TFUE, de fato, “Qualquer pessoa física ou jurídica pode recorrer ao Tribunal, nos termos dos parágrafos anteriores, para acusar uma das instituições, órgãos ou organismos da União de não lhe ter dirigido um ato que não seja recomendação ou parecer”.

A essa disposição poder-se-ia dar duas interpretações diferentes. Segundo a primeira, dado que apenas as decisões podem ser emanadas contra uma pessoa física ou jurídica, a norma legitimaria tais pessoas a recorrer exclusivamente contra a omissão de uma decisão da qual seriam os destinatários formais.

De acordo com a segunda interpretação, o art. 265, §3º, deve ser lido à luz do art. 263, §4º. A norma, portanto, concederia às pessoas

físicas e jurídicas o direito de recorrer também contra a omissão de um regulamento ou de uma decisão voltada a outras pessoas, com a condição de demonstrar que o ato omissivo, se emanado, diria respeito direta e individualmente ao recorrente.

A segunda interpretação acabou por prevalecer na jurisprudência⁹.

Se o recurso for acolhido, o juiz comunitário profere uma decisão declaratória. Não compete ao TJUE suprir a omissão, nem tampouco condenar a instituição responsável a uma obrigação de fazer específica. Porém, o acórdão do TJUE faz surgir contra a instituição um dever de agir, aplicando-se, também neste caso, o disposto no art. 266, §1º, do TFUE, ou seja, às instituições, órgãos ou organismos, cuja abstenção tenha sido declarada contrária aos Tratados, é imposto o dever de tomar as medidas necessárias à execução do acórdão do TJUE.

4 A AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

Nos termos do art. 268 do TFUE, “O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer dos litígios relativos à reparação dos danos referidos nos segundo e terceiros parágrafos do art. 340.”

Por sua vez, o art. 340, §2º, prevê que “Em matéria de responsabilidade extracontratual, a União deve indenizar, de acordo com os princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-membros, os danos causados pela suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas funções.”

A competência do TJUE é, portanto, limitada aos danos derivados de responsabilidade extracontratual.

Em relação à responsabilidade contratual da UE (que, nos termos do art. 340, §1º, é regulada pela lei aplicável ao contrato em causa), a competência do TJUE pode ser prevista por uma cláusula compromissória constante em um contrato de direito público ou de direito privado (art. 272, TFUE).

Os pressupostos da responsabilidade extracontratual da Comunidade Europeia não são definidos nos tratados, mas são disciplinados pelos princípios gerais comuns às ordens jurídicas dos Estados membros (TFUE, art. 340, §2º), princípios que compete à jurisprudência individuar.

São, normalmente, três: a) o dano; b) a ilegalidade do comportamento das instituições; c) o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento.

A esses pressupostos, sempre necessários, se juntam outros dois, se o comportamento das instituições consistir no exercício de poderes

⁹ DANIELE, op. cit., p. 321.

caracterizados por uma ampla margem de discricionariedade e, em particular, na adoção de atos normativos (por exemplo, regulamentos) que implicam na escolha de política econômica (por exemplo, no âmbito na política agrícola comum). Nesses casos, não basta demonstrar a ilegalidade do comportamento e, em particular, do ato do qual o dano é decorrente, mas é também necessário que: a) a norma violada pelas instituições seja predestinada a conferir direitos aos indivíduos; b) a violação de tal norma seja suficientemente caracterizada, ou seja, que se trate de uma violação grave e manifesta.

A escolha de subordinar a responsabilidade das instituições no caso de exercício de poderes discricionários e, em particular, normativos, a pressupostos específicos decorre da necessidade de se evitar que a instituição em questão, em razão da possibilidade de se sujeitar a uma ação de indenização, seja impedida de tomar suas decisões cada vez que deva adotar, no interesse geral, medidas normativas que possam afetar interesses individuais; podendo-se, ao revés, exigir do indivíduo que suporte, sem poder fazer-se ressarcir com dinheiro público, determinados efeitos, danosos aos seus interesses econômicos, produzidos por um ato normativo, ainda que este venha a ser declarado inválido¹⁰.

O direito ao ressarcimento dos danos está sujeito a um prazo prescricional de cinco anos, contados a partir do fato que lhe deu causa.

O prazo se interrompe se é dirigido à instituição responsável um pedido de ressarcimento. Em caso de rejeição do pedido, o recurso assumirá as formas de um recurso de anulação e deverá ser proposto no prazo de dois meses. Em caso de silêncio da instituição, deverá ser apresentado um recurso por omissão nos termos do art. 265 do TFUE.

5 A COMPETÊNCIA PREJUDICIAL: NOÇÕES GERAIS

Nos termos do art. 267 do TFUE, o TJUE pode ou, a depender do caso, deve ser instado a se pronunciar prejudicialmente sobre questões relativas ao direito comunitário surgidas no âmbito de um juízo instaurado perante um órgão jurisdicional de um dos Estados-membros.

A competência prejudicial se distingue, portanto, nitidamente das competências até aqui examinadas. Com base na competência prejudicial, o TJUE conhece de determinadas questões de direito comunitário apenas em atendimento ao reenvio operado por um juiz nacional, no âmbito de um juízo iniciado e destinado a ser concluído perante ao mesmo juiz nacional. Este pede ao TJUE que se pronuncie sobre determinadas questões porque reputa necessária para proferir sentença uma decisão

10 DANIELE, op. cit., p. 326.

sobre este ponto. O pronunciamento do TJUE tem, portanto, natureza prejudicial, seja em sentido temporal, porque precede a decisão do juiz nacional, seja em sentido funcional, porque é instrumental em relação à prolação dessa decisão.

A competência do art. 267 do TFUE é, portanto, uma *competência indireta*, na medida em que a iniciativa de dirigir-se ao TJUE não pertence diretamente às partes interessadas, mas ao juiz nacional. É também uma *competência limitada*, podendo o TJUE examinar apenas as questões de direito comunitário suscitadas pelo juiz nacional. Este permanece competente para se pronunciar sobre todos os outros pontos de controvérsia, sejam pontos de fato, pontos de direito interno ou ainda pontos de direito comunitário em relação aos quais não considera necessário requerer ao TJUE que se pronuncie.

As razões que conduziram a inserção, entre as competências do TJUE, uma competência de tipo prejudicial estão ligadas a algumas características típicas do ordenamento da UE: de um lado, o sistema descentralizado de aplicação do direito da UE, pelo qual o dever de aplicar tais normativas aos sujeitos dos ordenamentos internos é, em geral, confiado às autoridades de qualquer Estado-membro; de outro lado, o fato de que a maior parte das normas da UE são dotadas de eficácia direta. Ambas essas características rendem, frequentemente, o surgimento de controvérsias entre privados ou entre privados e autoridade pública em torno da aplicação do direito da UE. Tais controvérsias, enquanto não submetidas pelos tratados à competência direta do TJUE, são instauradas perante os juízes dos Estados-membros¹¹.

O escopo do reenvio prejudicial é duplo. De um lado, tende a evitar que cada juiz nacional interprete e verifique a validade das normas comunitárias de maneira autônoma, como se se tratasse de normas pertencentes ao ordenamento do próprio Estado-membro, com risco de quebrar a unidade do direito da UE. De outro lado, visa oferecer aos juízes nacionais um instrumento de colaboração para superar as dificuldades interpretativas que o direito comunitário pode levantar, tratando-se de um ordenamento com características (por exemplo, o plurilinguismo) e finalidades próprias.

Enquanto garantia da aplicação correta e da interpretação uniforme do direito da UE, a competência prejudicial deu uma contribuição de importância inestimável ao desenvolvimento desse direito¹². São citados, como exemplo, os princípios fundamentais da eficácia direta das normas

¹¹ DANIELE, op. cit., p. 329.

¹² DANIELE, op. cit., p. 330.

dos tratados, da eficácia direta das diretivas, do primado sobre as normas internas incompatíveis, da responsabilidade dos Estados-membros pelos danos decorrentes da violação do direito da UE, os quais encontraram sua afirmação e seu desenvolvimento progressivo em decisões proferidas pelo TJUE em sede de reenvio prejudicial.

5.1 ADMISSIBILIDADE E RELEVÂNCIA DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS

O mecanismo da competência prejudicial constitui um instrumento de cooperação entre os juízes nacionais e o TJUE. Pode-se dizer que ambos desenvolvem um papel complementar a fim de alcançar uma solução para o caso concreto que seja conforme o direito comunitário. Não se pode dizer, ao revés, que exista uma hierarquia, pela qual os juízes nacionais seriam, de qualquer modo, subordinados ao TJUE.

Em razão dessa ausência de hierarquia, o TJUE não exercita nenhum tipo de controle sobre a competência dos juízes nacionais a conhecer do litígio em cujo âmbito as questões prejudiciais foram levantadas ou mesmo sobre a regularidade do próprio juízo e, em particular, do procedimento de reenvio. Tratam-se de aspectos que não são disciplinados pelo direito da UE, mas pelo direito interno do juiz nacional e que, portanto, não podem ser resolvidos pelo Tribunal.

O TJUE, todavia, estabelece os requisitos referentes ao conteúdo do procedimento de reenvio. Requer que, sobretudo quando as questões se refiram aos setores da concorrência, caracterizadas por situações de fato e direito complexas, o juiz nacional defina o âmbito de fato e direito em que as questões levantadas se inserem ou que explique ao menos as hipóteses de fato sobre as quais tais questões são levantadas. Na falta de indicação suficiente, o TJUE não poderá alcançar uma interpretação do direito comunitário que seja útil para o juiz nacional e se reserva então a possibilidade de não responder às questões prejudiciais.

Em uma primeira fase, o TJUE considerava que competia apenas ao juiz nacional valorar a necessidade de reenvio e, em particular, a relevância ou a pertinência das questões prejudiciais. Todavia, o uso inapropriado e até abusivo do reenvio prejudicial, em muitos momentos, obrigou o TJUE a mudar de atitude, reservando-se o poder de verificar a relevância das questões prejudiciais a fim de controlar se era competente para respondê-las e se não subsistia alguma das hipóteses patológicas individuadas pela jurisprudência¹³.

Atualmente, o comportamento do TJUE é novamente orientado por uma maior prudência. Ainda reiterando o seu poder de se rejeitar

13 DANIELE, op. cit., p. 335.

a responder às questões prejudiciais em casos excepcionais, parte de uma espécie de *presunção de relevância*, considerando que, se as questões levantadas pelo juiz nacional versam sobre a interpretação de uma norma comunitária, o TJUE deve, em princípio, decidir¹⁴.

5.2 A NOÇÃO DE JURISDIÇÃO

O primeiro requisito que o órgão nacional deve satisfazer, para que possa operar um reenvio prejudicial nos termos do art. 267 do TFUE, é que desenvolva uma função jurisdicional, isto é, que seja chamado a “decidir no âmbito de um procedimento destinado a resolver-se por uma decisão de caráter judicial”.

Em caso de dúvida, devem também ser verificados outros requisitos. Segundo uma fórmula frequentemente utilizada pelo TJUE, a possibilidade que um determinado órgão efetue um reenvio prejudicial depende de uma série de elementos como a origem legal do órgão, o seu caráter permanente, a obrigatoriedade de sua jurisdição, a natureza contraditória do procedimento, o fato que o órgão aplique normas jurídicas e que seja independente¹⁵.

5.3 FACULDADE E DEVER DE REENVIO

O reenvio é uma simples *faculdade* do juiz, quando, da sua decisão, ainda couber recurso dentro do ordenamento interno do Estado-membro. Ao revés, quando a sua decisão não comportar mais qualquer recurso interno, o juiz tem o *dever* do reenvio.

A *ratio* da distinção é dupla. De um lado, no caso de um juízo de última instância, um erro do juiz na resolução de questões de direito comunitário, por definição, ficaria sem remédio. Sob esse ponto de vista, a obrigação de reenvio por parte do juiz de última instância constitui a forma extrema de tutela oferecida aos sujeitos interessados à aplicação judiciária correta do direito comunitário. Por outro lado, a solução errada dada por um juiz de última instância a questões de direito comunitário arrisca ser acolhida em numerosas outras decisões judiciais e, por conseguinte, de consolidar-se, não obstante a sua não correteza, em razão do efeito do *stare decisis* próprio dos ordenamentos de *common law* ou apenas como consequência do prestígio e da difusão de que gozam as sentenças de tais juízes.

¹⁴ DANIELE, op. cit., p. 336.

¹⁵ Ibid., p. 339.

A *faculdade de reenvio* que compete aos juízes que não são de última instância implica que estes são livres para escolher de levar ou não as questões de direito comunitário ao TJUE, independentemente do pedido das partes, isto é, mesmo de ofício. Essa liberdade se estende também à escolha do momento em que efetuar o reenvio, mesmo se, de acordo com o Tribunal, poderia ser oportuno que, antes de reenviar, estejam já acertados os fatos e que estejam já resolvidas as questões de direito interno.

Pode-se falar, todavia, de *faculdade de reenvio também para os juízes de última instância*:

- a) quando a questão seja materialmente idêntica a outra questão, levantada em relação a um caso análogo, que já tenha sido decidida em via prejudicial;
- b) quando a resposta a dar às questões resulta de um jurisprudência constante do Tribunal que, independentemente da natureza do procedimento em que tinha sido produzida, resolva o ponto de direito litigioso, mesmo na falta de uma identidade estreita entre as matérias discutidas;
- c) quando a correta aplicação do direito da UE se imponha com tal evidência que não deixa margem a nenhuma dúvida razoável sobre a solução a ser dadas às questões levantadas¹⁶.

Das três hipóteses, aquele do ato claro é mais delicada e a que se presta a maiores abusos. A fim de definir bem o campo de aplicação, o TJUE de fato precisa que, antes de concluir no sentido de que a questão é clara e o reenvio ao Tribunal não é necessário, o juiz de última instância é obrigado a proceder as seguintes verificações:

- a) convencer-se que a mesma solução se imporá também aos juízes de outros Estados-membros e ao Tribunal de Justiça;
- b) comparar as diversas versões linguísticas das normas da UE;
- c) levar em consideração a não necessária coincidência entre o significado de uma mesma noção jurídica no direito da UE e no direito interno;

¹⁶ DANIELE, op. cit., p. 342.

- d) recolocar a norma da UE no seu contexto e à luz de suas finalidades¹⁷.

A distinção entre os juízes de última instância e os juízes de instâncias inferiores foi ulteriormente atenuada, introduzindo uma hipótese de *dever de reenvio também para os juízes que não são de última instância*. Essa hipótese refere-se apenas às questões prejudiciais de validade. Como já visto, o TJUE negou que um juiz possa autonomamente (isto é, sem usar o mecanismo do reenvio prejudicial) verificar a invalidade de um ato das instituições. Disto decorre que, se considerar fundados os motivos de invalidade adotados pelas partes em relação a um ato das instituições, o juiz, mesmo se não for de última instância, deve reenviar ao Tribunal a questão prejudicial relativa. Porque o dever de reenvio impera, não basta, portanto, que as partes tenham levantado os motivos de invalidade, mas ocorre também que o juiz os considere fundados¹⁸.

5.4 O OBJETO DAS QUESTÕES PREJUDICIAIS

De acordo com o art. 267 do TFUE, o reenvio prejudicial pode referir-se tanto a questões de interpretação quanto a questões de validade.

As *questões prejudiciais de interpretação* podem ter por objeto: a) os tratados; e b) os atos praticados pelas instituições, pelos órgãos e pelos organismos da UE.

Por *tratados*, deve-se entender o texto do TUE e do TFUE na versão aplicável *ratione temporis* aos fatos da causa pendente perante o juiz nacional, incluídos os protocolos e os anexos (art. 51 TUE), levando em consideração as alterações ocorridas nos termos do art. 48 do TUE ou as adaptações aportadas por ocasião da adesão de novos Estados-membros nos termos do art. 49 TUE e os respectivos atos de adesão.

A noção de *atos de praticados pelas instituições* é muito ampla e compreende inicialmente os atos pertencentes às categorias de que trata o art. 288 do TFUE, inclusive as recomendações e os pareceres, mas também os atos atípicos, os acordos internacionais e os atos privados de eficácia direta.

Ao revés, não entra na competência prejudicial do TJUE os acordos ou as convenções concluídas entre os Estados-membros, nem mesmo aqueles estipulados em razão do art. 293 do TCE (agora derogado). Para

¹⁷ DANIELE, op. cit.p. 342-343.

¹⁸ Ibid., p. 343.

consentir ao Tribunal de exercer uma competência de tipo prejudicial em relação a tais convenções, foi necessário que tal competência fosse instituída diretamente por cada uma destas convenções ou de protocolos específicos.

O art. 267 estipula que, no âmbito de uma questão de interpretação, o TJUE pode ele mesmo proceder à aplicação da norma da UE ao caso objeto do juízo pendente perante o juiz nacional. O art. 267 implicitamente contrapõe a interpretação à aplicação do direito da UE e atribui ao TJUE apenas a primeira função, reservando a segunda aos juízes nacionais. Não obstante, as respostas dadas pelo TJUE muitas vezes vão além de uma interpretação meramente abstrata da norma comunitária.

Igualmente não é previsto que o TJUE possa proceder à interpretação das normas dos Estados-membros ou pronunciar-se sobre a incompatibilidade de uma norma nacional com normas da UE. Ambas as tarefas competem ao juiz nacional que operou o reenvio.

Ocorre, todavia, observar que se o juiz nacional, como frequentemente acontece, requerer ao TJUE um juízo sobre a compatibilidade com o direito comunitária de normas internas específicas, o Tribunal, mesmo respeitando o princípio de sua incompetência a responder questões do gênero, não as declara inadmissíveis, mas as reformula, de modo a fornecer ao juiz nacional todos os elementos de interpretação que lhe permitam avaliar essa compatibilidade a fim de solucionar a causa. Deste modo, permite-se que o reenvio prejudicial seja utilizado pelos juízes nacionais (e pelos privados que a tais juízes se dirigem) para obter do Tribunal um juízo, mesmo indireto, sobre a compatibilidade das normas internas com o direito comunitário, com efeitos não muito diversos daqueles de uma sentença proferida contra o Estado-membro em razão da procedência de uma ação por descumprimento nos termos do art. 258 e seguintes do TFUE (é o chamado *uso alternativo do reenvio prejudicial*).

O TJUE aceita pronunciar-se sobre questões interpretativas mesmo se as normas da UE, objeto da questão, não são aplicáveis enquanto tais ao caso em espécie, mas em virtude de um reclamo operado pelas normas internas. O TJUE adota a solução oposta se se trata de normas comunitárias cuja formulação é apenas parcialmente reproduzida em normas internas¹⁹.

As *questões prejudiciais de validade* podem ter objeto apenas os atos praticados pelas instituições, pelos órgãos e pelos organismos da UE.

Essas questões permitem ao TJUE efetuar um controle sobre a validade de tais ato em integração ao controle que o exercita através do recurso de legitimidade previsto no art. 263, da exceção de invalidade

19 DANIELE, op. cit., p. 346-347

do art. 277 e, indiretamente, da ação de danos pela responsabilidade extracontratual de que trata o art. 268.

A *analogia com o recurso de anulação* significa que podem ser objeto de uma questão prejudicial de validade todos os atos contra os quais se possa propor um recurso nos termos do art. 263. Os motivos de invalidade que podem ser invocados são os mesmos mencionados no parágrafo segundo do referido artigo. Todavia, a questão de validade que se refira a um regulamento ou a uma decisão dirigida a terceiros não é submetida às condições restritivas previstas no parágrafo quarto do mesmo artigo.

Da mesma forma, não encontra aplicação o prazo de dois meses previsto no parágrafo quinto. Isto significa que uma questão de validade pode ser proposta mesmo após anos da entrada em vigor do ato em causa. Todavia, se for pacífico que o sujeito que se dirige ao juiz nacional poderia ter proposto um recurso de anulação contra o ato comunitário em questão e não o fez, deixando transcorrer o prazo do parágrafo quinto do art. 263, o juiz nacional não pode mais levantar a questão prejudicial de validade.

5.5 OS EFEITOS DAS DECISÕES PREJUDICIAIS

Dado o caráter objetivo da competência exercitada nos casos de reenvio prejudicial, as decisões proferidas pelo TJUE, além de vincular o juiz que procedeu o reenvio prejudicial – que dela não poderá desviar-se, mas apenas, se assim considerar necessário, dirigir-se novamente ao TJUE para requerer outros esclarecimentos – possui uma eficácia geral, que ultrapassa os limites do juízo em cujo âmbito a questão prejudicial foi suscitada. Qualquer juiz nacional, que deva resolver questões sobre cujo mérito o TJUE já tenha se pronunciado mediante uma decisão proferida em sede de reenvio prejudicial, deve adequar-se a essa decisão, salvo a possibilidade de dirigir-se novamente ao TJUE nos termos do art. 267 do TFUE.

Por outro lado, as decisões do TJUE em sede de reenvio prejudicial possuem, em regra, eficácia retroativa. Todavia, a regra da retroatividade deve conciliar-se com o *princípio geral da segurança jurídica*. Em consequência, um sujeito que não tenha agido judicialmente dentro do prazo previsto no ordenamento para tal fim, não pode, decaído tal prazo, invocar uma decisão proferida pelo TJUE, a menos que o prazo em questão não seja razoável.

Reserva-se, ainda, ao TJUE o *poder de limitar no tempo* a eficácia de suas decisões prejudiciais, tanto interpretativas quanto de validade. O

exercício desse poder é geralmente motivado pela exigência da segurança jurídica e da tutela da confiança.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O TFUE atribui, ainda, à *competência direta* do TJUE outras ações *minoris generis*, tais como: a) as disputas entre as instituições e seus funcionários (art. 270); b) os litígios relativos ao Banco europeu de investimentos (art. 271); c) os conflitos decorrentes dos contratos de direito privado firmados pela UE, se o contrato contiver uma cláusula compromissória que preveja a competência do Tribunal de Justiça da UE (art. 272); d) as controvérsias entre os Estados membros conexas com o objeto dos tratados, se as partes firmarem um compromisso de lhes submeter ao Tribunal de Justiça da UE (art. 273).

Deve, também, ser mencionado o art. 277 do TFUE, segundo o qual “Mesmo depois de decorrido o prazo previsto no parágrafo sexto do artigo 263, qualquer parte pode, em caso de litígio que ponha em causa um ato de alcance geral adotado por uma instituição, um órgão ou um organismo da União, recorrer aos meios previstos no parágrafo segundo do artigo 263, para arguir, no Tribunal de Justiça da União Europeia, a inaplicabilidade desse ato.” É a chamada *exceção de invalidade*.

Graças a essa previsão, a invalidade de um ato de alcance geral pode ser invocada, não apenas em via direta, por meio de um recurso de anulação nos termos do art. 263, mas também em via de exceção, no âmbito de uma outra controvérsia de competência do Tribunal de Justiça da União Europeia, na qual tenha relevância a aplicação dessa medida.

Por fim, registrar-se que, a essas competências de tipo contencioso, somam-se algumas competências consultivas, sendo a mais importante a que diz respeito à compatibilidade com os tratados dos acordos internacionais cuja conclusão é fornecida pelas instituições (art. 218, §11).

REFERÊNCIAS

DANIELE, Luigi. *Diritto dell'Unione Europea*. Milão: Giuffrè Editore, 4. ed. 2010.

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

MARTINELLI, Francesco. *Compendio di Diritto dell'Unione Europea*. 12. ed. Roma: Simone Edizioni Giuridiche, 2012.

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ESPECIFICIDADES
DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA NA ITÁLIA E A
INFLUÊNCIA DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

*CONSIDERAZIONI SULLE PARTICOLARITÀ DELLA GIURISDIZIONE
AMMINISTRATIVA IN ITALIA E DELL'INFLUENZA DEL DIRITTO
COMUNITARIO EUROPEO*

*Isabela Cristina Pedrosa Bittencourt
Procuradora Federal lotada na
Procuradoria-Seccional Federal em Campinas - SP*

RESUMO: O trabalho que ora se propõe baseia-se em aspecto interessante do ordenamento jurídico italiano, que se desenvolveu de acordo com um regime binário de distribuição de competências entre juiz ordinário e juiz administrativo, conhecido como jurisdição mista. Ao primeiro cabe a tutela subjetiva dos direitos dos cidadãos, ao segundo, a tutela objetiva da legalidade da atuação administrativa, mediante reconhecimento de interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

O interesse por esse tema surgiu ao estudarmos os diversos aspectos da justiça administrativa italiana e a inserção do direito administrativo na órbita do direito da União Européia, durante o curso intensivo “*Tradizione civilistica e armonizzazione del diritto nelle Corti Europee*” ministrado na “*Università degli Studi di Roma Tor Vergata*”, em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

O modelo italiano apresenta substanciais diferenças em relação ao modelo brasileiro, pois no que se refere às bases teóricas e principiológicas, o Brasil tomou como padrão o direito romanístico, mas no que tange ao sistema jurisdicional, adotou aquele praticado nos países aderentes ao direito anglo-americano, o sistema de jurisdição una.

Sem pretender apontar o melhor sistema, serão feitas considerações acerca dos fundamentos da jurisdição mista italiana, sua evolução histórica, com enfoque na Justiça Administrativa, no papel desenvolvido pelo Conselho de Estado e nas inovações trazidas pelo direito comunitário.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Dúplice. Justiça Administrativa. Conselho de Estado. Direito Comunitário Europeu.

RIASSUNTO: Questo progetto che ora proponiamo si basa su un aspetto molto interessante dell'ordinamento giuridico italiano, che si è svolto conforme un regime binario di distribuzione di competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo, noto come “duplice giurisdizione”. Al giudice ordinario compete la tutela soggettiva dei diritti dei cittadini e al giudice amministrativo compete la tutela obbiettiva della legalità dell'attuazione amministrativa, nel riconoscimento degli interessi legalmente protetti dei cittadini.

L'interesse in questo campo è sorto quando si verificavano i diversi aspetti della giustizia amministrativa italiana e dell'inserzione del diritto amministrativo nella penisola nel campo del diritto dell'Unione Europea, durante il corso intensivo “*Tradizione civilistica e armonizzazione del diritto nelle Corti Europee*” ministrato nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata, in società con la Scuola dell'Avvocatura Generale dello Stato in Brasile.

Il modello italiano presenta diverse differenze riguardo al modello brasiliano, poiché si riferisce alle basi giuridiche e dei principi, il Brasile si è basato sul diritto romanistico, ma in riferimento al sistema giurisdizionale, ha adottato il diritto praticato nel paese che si basano sul diritto angloamericano, il sistema di una sola giurisdizione.

Qui non abbiamo la pretesa di indicare il miglior sistema, per questo faremo considerazioni sui fondamenti della giurisdizione duplice italiana, della sua evoluzione storica, nell'enfatizzare la giustizia amministrativa nel ruolo del Consiglio di Stato e nelle innovazioni tratte dal diritto comunitario.

PAROLE CHIAVE: Giurisdizione duplice. Giustizia Amministrativa. Consiglio di Stato. Diritto dell'Unione Europea.

Para um correto entendimento do sistema de justiça administrativa italiano e a influência nele exercida pelo direito comunitário europeu, necessário fazer uma breve incursão sobre o surgimento do Estado soberano, da jurisdição e tecer algumas considerações a respeito dos sistemas de base romanística e da *common law*. Para tanto, vale tomar emprestado os ensinamentos do ilustre professor Paulo Bonavides sobre o tema:

O Estado soberano surgiu em resposta aos anseios da sociedade burguesa comercial e industrial do século XVII, que entendia excessiva a concentração do Poder nas mãos do monarca, um verdadeiro peso contraposto aos seus interesses. A pressão crescente dessa classe social, que se interpunha entre a realeza e a grande massa de súditos, forçou a transição do Estado Medieval disperso para o Estado Moderno colaborativo.

A ordem econômica da burguesia se implanta no Ocidente e os reis conferem-lhe toda sorte de proteção: o mercantilismo como política econômica (o intervencionismo: no subsídio às empresas e companhias de navegação, no fomento ao comércio e indústria, amparo às classes empresariais, robustecimento do patronato e do capital, na legislação industrial). O privilégio econômico da burguesia cresce contra a obsolescência da já desgastada realeza. Ao final, a empresa capitalista, com a burguesia economicamente vitoriosa, dispensava os reis de versão autocrática.

Consequentemente, o estado intervencionista deixou de ser um bem. O sistema demandava o máximo de liberdade para alcançar

o máximo de expansão, bem como a garantia impessoal da lei, que previsse em sua formação a participação ativa da burguesia e não mais como mera coadjuvante.

Todos os elementos para mudar o Estado moderno estavam formados para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.

Esse cenário serviu de berço para o nascimento do princípio da separação de Poderes, que, embora tenha sido sistematizado por Montesquieu (1748), na obra “O espírito das leis”, contou com a colaboração de outros precursores: Aristóteles, Marsílio de Pádua, Grotius, Wolf e Puffendorf, Bodin, Swift e Bolingbroke e Locke.

Para Montesquieu (1748), o conceito de liberdade individual consistia no direito de se fazer tudo quanto permitem as leis. E eram essas leis que também garantiriam a liberdade política, impondo limites àqueles que tentassem abusar do poder, mediante sujeição a um ordenamento jurídico que estabeleça entre os indivíduos um temor recíproco, sob a égide da autoridade governativa.

Para o ilustre filósofo francês, seria no mínimo, temerário, se aqueles três poderes – o de fazer leis (Legislativo), o de executar as resoluções públicas (Executivo) e o de punir crimes e solver pendências entre particulares (Judiciário) – se reunissem num só homem ou associação de homens. E, fundada nesse temor, nasceu a teoria da separação dos Poderes, que, contrariando as expectativas dos menos atentos, pressupunha a atuação conjunta e harmônica desses poderes, de forma a se garantir por meio de controles recíprocos sua correta atuação, antecipando o que mais tarde *Bolingbroke* iria definir como a técnica de *checks and balances* (freios e contrapesos), desenvolvida na Inglaterra do século XVIII.¹

O conceito de jurisdição está intimamente relacionado ao surgimento do Poder Judiciário. Segundo Sérgio Sérulo da Cunha, em

¹ BONAVIDES, Paulo. A separação de poderes. In: *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 134-148.

verdade, ela não traduz um poder em si, mas expressa o exercício da função jurisdicional do Estado.²

José Alfredo de Oliveira Baracho, por sua vez, argumenta que a jurisdição, entendida como poder advindo da soberania do Estado, é, necessariamente única, não comportando fracionamentos ou divisões. Todavia, ante a pluralidade e especialização decorrentes dos ordenamentos jurídicos, existem múltiplas manifestações de uma só jurisdição.³

Para os fins do presente estudo, é interessante delimitar o tema em duas modalidades de controle jurisdicional, a comum e a especial. A primeira, amplamente conhecida como sistema de jurisdição única, ou modelo inglês de jurisdição, engloba todos ou quase todos conflitos que envolvem matéria administrativa. A segunda, dita especial, refere-se ao sistema de jurisdição mista ou dúplice, ou modelo jurisdicional francês, assim entendida por submeter as situações contenciosas administrativas ao descortino de órgãos específicos da Administração Pública, distintos do Poder Judiciário, que exercerão a jurisdição comum sobre as demais situações. Tanto em um quanto em outro sistema, há pleno controle da atividade administrativa desempenhada pelo Poder Executivo, observando-se diferenças apenas quanto à forma como organizam os tribunais incumbidos do controle dos atos administrativos.

Na lição de Miguel Seabra Fagundes, o sistema inglês ou do monopólio da jurisdição caracteriza-se por concentrar o exercício da função jurisdicional exclusivamente no Poder Judiciário, onde todos os litígios, de cunho administrativo ou não, são submetidos ao crivo dos órgãos desse Poder. Tal sistema surgiu da necessidade de se ter um Poder acima das influências do soberano, inclusive conferindo-lhe autonomia, para que o controle sobre a Administração fosse efetivo. Ampara-se no princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário. Historicamente, a adoção desse sistema no Brasil remonta à Constituição de 1946, primeira a expressamente garantir esse acesso, nos termos do art. 141, § 4º: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.⁴

No que respeita à jurisdição dúplice ou sistema francês, o mesmo autor leciona que sua origem remonta à Revolução de 1789. A justificativa se apoia na resistência da opinião pública quanto à ingerência

² CUNHA, Sérgio Sérulo da. Fisiologia Constitucional. In: *Fundamentos do Direito Constitucional: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, cap. 6, p. 186/187.

³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Jurisdição. In: *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 74-115

⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. Do controle Jurisdicional da Administração Pública. In: *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, cap. 3, p. 113-209.

dos parlamentos, corpos judiciários, nos negócios administrativos, pois constituíam eles obstáculos intransponíveis à aprovação de reformas administrativas necessárias.

A legislação revolucionária, por intermédio da Lei Francesa nº 16, de 24 de agosto de 1790, tratou, de maneira inequívoca, a distinção e a separação da função judiciária da administrativa, não podendo os juízes, em hipótese alguma, perturbar as operações dos órgãos administrativos. Sobressai dessa vedação expressa aos juízes não só a proibição de se intrometerem em matérias da Administração, mas também de formularem qualquer juízo sobre situações contenciosas que surgissem.⁵

A respeito das origens desse modelo jurisdicional, a professora Odete Medauar ensina da seguinte forma:

Originou-se na França a ideia de vedar ao Judiciário o julgamento de controvérsias que envolvessem a Administração, em virtude, principalmente, de uma interpretação peculiar do princípio da separação dos poderes, combinada a fatos históricos aí ocorridos antes da Revolução Francesa; de fato, no chamado *'Ancien Régime'* os Parlamentos dotados de algumas das funções jurisdicionais, passaram a imiscuir-se na Administração, editando preceitos que lhes pareciam aptos a acabar com abusos (mescla de justiça e ação administrativa) e também proferindo censuras a medidas editadas pelo monarca. Assim, após 14 de julho de 1789 procurou-se evitar a interferência de órgãos jurisdicionais na Administração Pública.⁶

Em sua abordagem sobre os sistemas de base romanística, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona com propriedade:

Sabe-se que o direito administrativo, como ramo autônomo do direito, teve origem na França, sendo de elaboração pretoriana, em decorrência do trabalho do Conselho de Estado, que é o órgão de cúpula da jurisdição administrativa que se constituiu naquele país.

O direito administrativo nasceu referido a um sujeito – a Administração Pública. Por isso mesmo se entendeu que devia ser constituído por normas próprias, derogatórias do direito privado que rege as relações entre particulares.

⁵ FAGUNDES, op. cit.

⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Segundo “Georges Vedel, em seu *Droit Administratif* (Presses Universitaires de France, 1964, p. 53), o direito administrativo francês é, em grande parte, não legislativo, porque formulado pelo juiz. Diz ele que “nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e ao direito privado e à imensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a *fazer* verdadeiramente o direito”. A função do juiz administrativo não era só a de interpretar o direito positivo, como o fazia o juiz comum, mas também preencher, por suas decisões, as lacunas da lei.

O direito administrativo francês se elaborou com base em determinados conceitos, como o de serviço público, de autoridade, de poder público, de especialidade de jurisdição, nenhum deles inspirado no direito privado. Conforme ensinamento de Georges Vedel (ob. Cit., p. 57), quatro princípios essenciais informam o direito administrativo francês: o da *separação das autoridades administrativa e judiciária*, que determina as matérias para as quais os tribunais judiciais são incompetentes; o das *decisões executórias*, que reconhece à Administração a prerrogativa de emitir unilateralmente atos jurídicos que criam obrigações para o particular, independentemente de sua concordância; o da *legalidade*, que obriga a Administração a respeitar a lei; e o da *responsabilidade do poder público*, em virtude do qual as pessoas públicas devem reparar os danos causados aos particulares.

O fato de ter-se criado um ramo autônomo para reger as relações de que a Administração Pública é parte não significa que o Conselho de Estado nunca utilizasse o direito privado. Pelo contrário, ainda uma vez lembrando a lição de Georges Vedel (ob. Cit., p. 48), “*o que permanece verdadeiro da tese clássica é que, ao contrário do juiz judiciário, o juiz administrativo é senhor de decidir se os Códigos e as leis de direito privado se aplicam a tal ou tal matéria dependente de sua competência. Conforme os casos, ele próprio forjará as regras aplicáveis ou considerará inútil a derrogação das regras de direito privado*”.⁷

A respeito do sistema da *common law*, em que se enquadram, entre outros, o direito inglês e o direito norte-americano, Di Pietro ressalta que ele “demorou a reconhecer a existência do direito administrativo, por

7 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O Direito Administrativo Brasileiro sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 08, nov./dez. 2006/jan. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 set. 2012.

repudiar duas ideias fundamentais do direito administrativo francês: a sujeição da Administração Pública a um regime jurídico próprio, diverso do aplicável aos particulares (daí a expressão *common law*, a designar a existência de um regime único para poder público e particulares) e a existência de uma jurisdição administrativa própria para decidir os litígios da Administração Pública (daí o sistema da unidade de jurisdição).⁸

Di Pietro ensina, ainda, que “no sistema da *common law* não se fala em ato administrativo, em decisão executória, em serviço público (e sim em serviço de utilidade pública), em contrato administrativo (embora os poderes da Administração sejam muito semelhantes aos reconhecidos no direito administrativo de base romanística); mesmo a responsabilidade civil do Estado demorou a ser reconhecida, só ocorrendo isto em meados do século XX, assim mesmo não abrangendo todas as hipóteses de danos causados aos particulares.”⁹

8 A professora Maria Sylvia tece, neste artigo, interessantes considerações sobre o sistema da *common law* e seus paradoxos. Para ela, tal sistema “levou à formação de um direito administrativo com as características muito semelhantes às do direito administrativo francês (com o reconhecimento de prerrogativas públicas para a Administração) e, que é mais contraditório, outorgou às agências reguladoras *funções quase legislativas e quase judiciais*. Quase legislativas, porque as agências (que em conjunto, formam a Administração Pública), têm o poder de baixar normas com força de lei. Para compatibilizar essa função normativa com o princípio da separação de poderes, criou-se uma sistemática: a agência só pode baixar normas se essa atribuição for atribuída por lei específica; as normas devem observar os *standards* (conceitos indeterminados, diretrizes, princípios), contidos na lei ou na Constituição; cabe ao Judiciário examinar a validade das normas das agências diante desses standards contidos na lei, podendo invalidar as normas que os contrariem; para esse fim, elaborou-se o *princípio do devido processo legal substantivo*, pelo qual a norma da agência só é válida na medida em que seja razoável, adequada, racional em relação aos *standards* contidos na lei; para garantir o aspecto democrático, submeteu-se a elaboração de normas pelas agências a um procedimento, definido na Lei de Procedimentos Administrativos, em que a participação é fundamental, sob pena de ilegalidade. Vale dizer que a elaboração legislativa pelas agências baseia-se num tripé: a delegação legislativa, o controle judicial do conteúdo das normas com base no princípio do devido processo legal substantivo e a imposição de observância de procedimento administrativo com a participação do cidadão (devido processo legal adjetivo). Quase judicial, porque as agências têm o poder de resolver conflitos na esfera administrativa, inicialmente com exclusão da apreciação judicial quanto à matéria de fato e às questões técnicas (a chamada discricionariedade técnica). Com o tempo, o controle judicial cresceu e o Judiciário passou a apreciar a motivação, a razoabilidade, a relação custo benefício, a matéria de fato. Paradoxo: criticou-se o direito francês por causa da existência do direito administrativo e da jurisdição administrativa, mas criou-se um *direito administrativo posto pelas agências reguladoras*, portanto, muito mais autoritário do que o direito francês, e outorgou-se a órgãos administrativos função quase judicial, com subtração de algumas matérias à apreciação judicial. Na jurisdição administrativa, os conselheiros gozam da mesma independência que os membros do Poder Judiciário, o que não ocorre em relação às agências, cuja independência se apoiou, de início, apenas na ideia de neutralidade em relação aos três Poderes do Estado, mito que aos poucos se desfez, pela crescente submissão das agências a controles exercidos pelos três Poderes do Estado e a diretrizes impostas pelo Poder Executivo. O autoritarismo reduziu-se apenas com a previsão da participação dos interessados no processo de elaboração das normas e com a ampliação do controle judicial.”

9 PIETRO, op. cit., p. 4.

Diferentemente do Brasil,¹⁰ a tutela jurisdicional na Itália funciona, regra geral, de acordo com um regime binário de distribuição de competências entre juiz ordinário e juiz administrativo, conhecido como jurisdição mista. Ao primeiro cabe a tutela subjetiva dos direitos dos cidadãos, ao segundo, a tutela objetiva da legalidade da atuação administrativa, mediante reconhecimento de interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Portanto, regra geral, a jurisdição dos tribunais administrativos não é exclusiva, estando condicionada pelo tipo de posição jurídica ativa titulada pelos cidadãos.

Depois da unificação italiana, com o *Statuto Albertino* (1848), o sistema de justiça administrativa italiano afirmou-se com um caráter monista, em que todas as causas respeitantes a direitos civis ou políticos dos particulares, em face da Administração, estavam a cargo dos tribunais judiciais. Mas estes não poderiam, em caso de ilegalidade do ato, anulá-lo ou modificá-lo – em respeito de um princípio de separação de poderes. Poderia apenas conhecer os seus efeitos, desaplicá-lo se ilegal e fixar uma indenização reparatória da lesão.

Aldo Sandulli, professor ordinário de Direito Administrativo da Universidade *Suor Orsola Benincasa* de Nápoles, ressalta as modificações introduzidas pelo *Statuto Albertino* no papel desenvolvido pelo Conselho de Estado:

Lo Statuto albertino del 1848, como è noto, costituì vero e proprio punto di rottura rispetto alla originaria collocazione del Consiglio di Stato nell'ordine statutale, e ciò perché con lo Statuto venne meno lo

10 A respeito das influências dos diferentes sistemas no Direito Administrativo Brasileiro, Di Pietro ressalta, no mesmo artigo citado, que “embora sob influência do direito francês e de outros direitos enquadrados no sistema de base romanística (direito italiano, alemão espanhol, português, etc.), o regime jurídico administrativo, no Brasil, também sofreu influência do sistema da *common law*, especialmente do direito norte-americano [...], no que diz respeito ao sistema de unidade de jurisdição, à jurisprudência como fonte de direito, à submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional. [...] Do direito francês, o direito administrativo brasileiro acolheu a ideia de ato administrativo, com o atributo da auto-executoriedade, as sucessivas teorias sobre responsabilidade civil do Estado, o conceito de serviço público, as prerrogativas da Administração Pública, a teoria dos contratos administrativos, o princípio da legalidade. [...] Quanto ao princípio da legalidade, embora adotando o sistema de jurisdição um próprio da *common law*, o direito brasileiro não adotou o mesmo princípio do *estare decisis*, que dá força obrigatória aos precedentes judiciais. Do direito italiano, recebeu o conceito de mérito, o de autarquia e entidade paraestatal (dois vocábulos criados no direito italiano), a noção de interesse público, e o próprio método de elaboração e estudo do direito administrativo, mais técnico-científico do que o método pragmático do direito francês. Com efeito, ao lado dos alemães, os autores italianos muito contribuíram, não só aqui, mas em outros países, para a mudança do próprio método de estudo do direito administrativo; este, sendo de formação jurisprudencial, era elaborado a partir de casos concretos, sem muito preocupação com a sistematização; a doutrina alemã e a italiana contribuíram para a adoção de um método técnico-científico.”

Stato assoluto. Mutò la forma di governo (art. 2: *Lo Stato è retto da un governo monarchico rappresentativo*) e si introdussero importanti garanzie per l'ordine giudiziario (art. 69: *I Giudici nominati dal Re, ad eccezione di quelli di mandamento, sono inamovibili dopo tre anni di esercizio*; art. 71: *Niuno può essere distolto dai suoi giudici naturali. Non potranno perciò essere creati Tribunali o Commissioni straordinari*). Lo Statuto non diceva nulla sul contenzioso amministrativo e acenava soltanto in due punti al Consiglio di Stato (all'art. 33, comma 1, n. 15 si stabiliva che i senatori del Regno potevano essere scelti, tra l'altro, tra *I Consiglieri di Stato dopo cinque anni di funzioni*; all'art. 83, comma 1, si prevedeva l'emanazione di una legge *sul riordinamento del Consiglio di Stato*, che tenesse conto delle trasformazioni operate dallo Statuto.

Pur trattando pochissimo del Consiglio di Stato, tuttavia le trasformazioni imposte dallo Statuto albertino determinavano il superamento del disegno politico emergente dall'editto di Carlo Alberto del 18 agosto 1831, di creare cioè un organo di rilevanza anche costituzionale, legato a certi canoni della cosiddetta monarchia consultiva.

Prima dello Statuto, il Consiglio rivestì un ruolo propriamente politico di *Consilium regis*, facendo parte del circuito di decisione politica del sovrano: era, allora, un organo in un certo senso parallelo, coordinato, ma non subordinato ai ministri e, forse, a questi aveva il compito di contrapporsi, sia pure in discreta e limitata misura: esso dava al Re un'assistenza consultiva, i ministri un'assistenza attiva, e le due forme di cooperazione erano, naturalmente, collegate in modo indissolubile, senza che l'una dipendesse formalmente e giuridicamente dall'altra. Se mai, il Consiglio poteva essere un mezzo con cui la Corona era posta in grado di esercitare un certo controllo e sindacato sui suoi ministri. Dopo, a seguito del mutamento della forma di governo, esso mutò completamente ruolo, adattandosi al nuovo regime costituzionale e trasformandosi, con le leggi del 1859 (ma già in via di fatto, nel frattempo), in organismo tecnico di consulenza dell'esecutivo.¹¹

¹¹ SANDULLI, Aldo. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *Il riordinamento del contenzioso amministrativo. Le leggi 30 ottobre 1859, nn. 3705, 3706, 3707 e 3708*. Prima edizione. Torino: Zanichelli editore S.p.A., 2011, p. 49-50.

Este sistema, muito criticado pela doutrina, foi revelando fraquezas à medida que a intervenção da Administração, em várias áreas da sociedade, aumentava e fazia nascer a necessidade de tutelar outras situações jurídicas: os interesses legítimos.

Para ultrapassar esta dificuldade, foi criada a IV Seção do Conselho de Estado - que era um órgão administrativo meramente consultivo - através da *Legge 31 marzo 1889, n.5992*. Piero Aimo, professor ordinário de História Constitucional da *Università Degli Studi di Pavia*, faz os seguintes comentários sobre a referida Lei:

Con il primo testo normativo si innestava, nell'organizzazione interna del Consiglio, una IV sezione (per la giutizia amministrativa) che si affiancava alle tre già esistenti: dell'interno; di grazia, giustizia e culti; delle finanze. La nuova struttura era composta da un Presidente, otto consiglieri, 3 referendari ed un segretario. Particolare cura sarà posta nella scelta del Presidente (il primo, como è noto, fu lo stesso Spaventa), e dei consiglieri, sia privilegiando soggetti particolarmente esperti nel campo del diritto amministrativo, sia attuando un *sapiente dosaggio* - come è stato scritto - fra consiglieri *anziani* e *giovani*. La legge disponeva anche una rotazione (parziale) fra i consiglieri stessi, che dovevano essere designati all'inizio di ogni anno. Ai componenti della sezione era riconosciuta - rispetto alla normativa del 1865 - una *semi-inamovibilità* (la loro sospensione e rimozione erano infatti previste in casi ben determinati e risultavano circondati da particolari cautele) ma il loro *status* giuridico (al contrario del trattamento economico) non era ancora equiparato a quello dei membri della magistratura ordinaria o della Corte dei Conti.

[...]

La nuova sezione giurisdizionale inizia i suoi lavori nel marzo del 1890, sotto la guida autorevole di Silvio Spaventa, nominato Presidente con decreto del 31 dicembre 1889. Comincia così un'intensa attività giurisprudenziale che sarà vista con favore dai cittadini, come dimostra altresì l'altro numero di ricorsi che, sin da subito, vi affluiscono, e che eserciterà un'influenza determinante tanto sul processo amministrativo quanto sullo stesso diritto amministrativo; si pensi soltanto, a quest'ultimo proposito, alla formulazione di diversi istituti giuridici in tema di pubblico impiego e che saranno accolti dallo stesso legislatore (ad es., con la legge *Giolitti* del 1908). Non meno rilevante è l'apporto offerto in relazione

alle questioni procedurali: qui il supremo giudice amministrativo non solo perfeziona i suoi poteri *sindacatori* ma elabora alcuni principi generali sull'interesse a ricorrere, sui rapporti fra ricorsi amministrativi e ricorsi giurisdizionale, sulle questioni sollevabili d'ufficio, sulle decisioni cautelari ecc.”¹²

Com a *Legge 7 marzo 1907, n. 62*, intitulada *Legge sul riordinamento degli istituti per la giustizia amministrativa*,¹³ foi criada a V Seção do Conselho de Estado. Luisa Torchia, professora ordinária de Direito Administrativo na *Università Degli Studi di Roma*, comenta sobre a atribuição de uma jurisdição de mérito ao Conselho de Estado e de seu poder de auto-controle ou *self restraint*:

Con la istituzione della V sezione si stabilì, infatti, un punto di non ritorno molto importante per la storia successiva del Consiglio di Stato e anzi per la stessa collocazione del giudice amministrativo nel nostro ordinamento, perché – per comune giudizio – con la legge del 1907 si affermò inequivocabilmente la natura giurisdizionale del Consiglio di Stato, tanto che la stessa legge fu definita, all'epoca, come la *carta giurisdizionale* dello stesso Consiglio.

[...]

La giurisprudenza della V sezione si concentrò, infatti, soprattutto su questioni di competenza, sia rispetto alla IV sezione, sia rispetto al giudice ordinario, seguendo un orientamento espansivo, che incontrò all'inizio l'avversione della Cassazione, ma fu poi riconosciuto dalla stessa Cassazione come corrispondente alla natura piena della giurisdizione di mérito.

[...]

Al *self restraint* nell'uso dei poteri di decisione *nel merito* si accompagnò il crescente ricorso ai principi generali, come la proporzionalità o la ragionevolezza, grazie ai quali il giudice, pur non sostituendosi all'amministrazione, rese sempre più penetrante il potere di controllo e di conformazione dell'attività amministrativa.

¹² AIMO, Piero. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *Francesco Crispi e la riforma della giustizia amministrativa del 1889-1990*. Prima edizione. Torino: Zanichelli editore S.p.A, 2011, p. 158-161.

¹³ Publicada em G.U. (Gazzetta Ufficiale), 15 marzo 1907, n. 63.

[...]

Il rapporto fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito si sarebbe poi consolidato confermando la prevalenza della prima e la tendenziale marginalità della seconda. Per uno di quei corse e ricorsi così frequenti nella storia, la questione della natura dei poteri del giudice amministrativo e delle misure che egli può ordinare o disporre, come si legge rispettivamente nella lettera c) e nella lettera e) dell'art. 34 del codice del processo amministrativo del 2010, sta tornando oggi di attualità, anche in ragione dei principi di pienezza ed effettività della tutela sanciti con lo stesso codice e di alcune specifiche disposizioni, come ad esempio quelle relative al potere di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, previa la valutazione di una serie di circostanze in fatto e degli interesse rilevanti.¹⁴

De capital importância no plano do contencioso administrativo foi a promulgação da Constituição italiana atualmente em vigor. Adoptada em 1948, no advento dos Estados Sociais da segunda metade do século XX, a *Costituzione della Repubblica Italiana* atribui pela primeira vez dignidade constitucional à tutela das situações jurídicas dos particulares em face da Administração, nomeadamente através dos tribunais administrativos.

Para além da garantia de tutela jurisdicional geral, prevista no artigo 24, a norma constitucional prevê a tutela dos direitos e interesses legítimos dos particulares, no âmbito de relações administrativas, no artigo 113, proibindo que o recurso aos tribunais seja excluído ou limitado a meios de impugnação específicos ou a certas categorias de atos. Permite, todavia, ao legislador ordinário reservar a competência anulatória de atos administrativos apenas a alguns órgãos jurisdicionais.

Sobre a Justiça Administrativa na Constituinte Italiana, o ilustre Conselheiro de Estado Damiano Nocilla tece as seguintes considerações:

Il lettore della Costituzione, che ad essa dedichi un po' più di attenzione di quella che vi dedica generalmente l'uomo della strada, non potrà non meravigliarsi del fatto che il tema della giustizia amministrativa e dei suoi organi vi si trovi affrontato e disciplinato in diverse disposizioni sparse qua e là nel testo, senza nessuna pretesa

14 TORCHIA, Luisa. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *L'istituzione della V sezione con la legge n. 62 del 1907: la carta giurisdizionale del Consiglio di Stato*. Prima edizione. Torino: Zanichelli S.p.A., 2011, p. 178, 183-184.

di organicità: ed infatti se gli artt. 24 e 25 trovano la loro collocazione nella parte prima, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, l'art. 100 si inserisce nella Sezione III del Titolo III della parte seconda, che disciplina l'ordinamento della Repubblica, mentre gli artt. 101, 102, 103 e 108 si trovano nella Sezione I del Titolo IV, e gli artt. 111 e 113 nella Sezione II; infine l'art. 125, comma 2, si colloca nel Titolo V e fa sistema, per così dire, con la VI disposizione transitoria e finale.

[...]

Se una lesione si vuol trarre da questo rapido *excursus* fra i lavori preparatori della Costituzione, essa non potrà che essere un monito in direzione dell'estrema prudenza con la quale dovrà riguardarsi a tutte quelle tesi che vorrebbero rinverdire l'ipotesi, consapevolmente rigettata dall'Assemblea, di un annullamento della giurisdizione amministrativa in direzione di un potenziamento dei poteri del giudice ordinario, quasi a voler ritenere che il Costituente abbia lasciato libero il futuro legislatore di scegliere tra l'ampliamento del ruolo della giurisdizione ordinaria e quello giudice amministrativo.

Il Costituente, invece, ha fissato una precisa direttiva al futuro legislatore ordinario, che è quella della massima tutela giurisdizionale del cittadino attraverso i due strumenti, senza consentire la sottrazione di materie all'una in favore dell'altra giurisdizione, se non quando tale sottrazione fosse funzionale alla compiuta realizzazione del principio di cui all'art. 24. Così come la cognizione degli interessi legittimi, soprattutto quando implicano il sindacato sull'atto amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere, non potrebbe essere sottratta al giudice amministrativo, la giurisdizione esclusiva di quest'ultimo potrebbe ammettersi soltanto quando la cognizione dei diritti soggettivi non possa agevolmente distinguersi dalla tutela dell'interesse legittimo, oppure quando, come nel caso della risarcibilità del danno da lesione di un interesse legittimo, la doppia tutela si possa risolvere in un inutile aggravio per il cittadino.¹⁵

A Constituição italiana assimilou o sistema de jurisdição dualista. Nos termos do artigo 103, é de competência dos tribunais administrativos a resolução de conflitos resultantes da violação de interesses legítimos, podendo a legislação ordinária fixar

¹⁵ NOCILLA, Damiano. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *La giustizia amministrativa all'assemblea costituente*. Prima edizione. Torino: Zanichelli editore S.p.A, 2011, p. 317, 336-337.

como sua competência específica matéria referente a direitos subjetivos. Em regra, esta pertence aos tribunais judiciais. Como órgãos da justiça administrativa, a Constituição prevê o Conselho de Estado (artigo 103, parágrafo 1º), que mantém em simultâneo uma natureza administrativa, como órgão consultivo da Administração Pública (artigo 100º), e o Tribunal de Contas (artigo 103º, 2º parágrafo), admitindo ainda outros órgãos jurisdicionais, a serem estabelecidos pela lei. Aos juízes destes tribunais aplicam-se as garantias dos magistrados em geral (ver em particular artigo 108).

O art. 100 da Constituição Italiana, de fato, definiu o Conselho de Estado como *organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione* e os arts. 103, parágrafo 1º, e 125 atribuíram ao Conselho e a outros órgãos da justiça administrativa, a jurisdição para a tutela de interesses legítimos e, particularmente, de direitos subjetivos no confronto com a Administração.

Pasquale de Lise, atual Presidente do *Consiglio di Stato*, ressalta que no tocante às críticas concernentes à coexistência de tais funções (consultiva e judicial), *la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che la stessa non si ponga in contrasto con le norme della Convenzione, purché si garantisca una composizione dei collegi in grado di evitar la commistione di ruoli che possa ledere il principio di imparzialità*.¹⁶

São, então, órgãos jurisdicionais competentes em matéria administrativa:¹⁷

- Tribunais judiciais, que nos termos da Legge 20 marzo 1865, n.2248, no seu artigo 2º, têm competência apenas para julgar a violação de direitos subjetivos dos particulares. Os seus poderes resumem-se, contudo, à fixação de uma indenização reparatória da lesão e à desaplicação do ato administrativo ilegal ao caso concreto do particular. Não têm poderes anulatórios, nem modificativos do ato. Esta limitação criou várias dificuldades levando, por exemplo, alguma jurisprudência italiana a desaplicar atos administrativos, por ela julgados ilegais, e que no entanto permaneciam em vigor no ordenamento jurídico, porque não eram anulados, e a considerar como ilícitos penais as atuações do particulares efetuadas ao seu abrigo. As ações propostas nestes tribunais seguem formas previstas no Código de Processo Civil.

¹⁶ LISE, Pasquale de. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *La giustizia amministrativa fra tradizione e modernità*. Prima edizione. Torino: Zanichelli editore S.p.A, 2011, p. XVI.

¹⁷ REIS, Elisabete Martins dos; MAURÍCIO, Raquel. *Breve Presentazione Della Giustizia Amministrativa Italiana*. Em 24 out. 2009. Disponível em: <<http://ccalmo.blogspot.com.br/2009/10/breve-presentazione-della-giustizia.html>>. Acesso em: 23 set. 2012.

- Tribunais Administrativos: são os Tribunais Administrativos Regionais (TAR)¹⁸, previstos na *Legge 6 dicembre 1971, n.1034*, e o Conselho de Estado, regulado pelo *regio decreto n. 1054 de 6 giugno 1924*. Como já explicitado, estes tribunais têm duas espécies essenciais de competência: competência geral, no que respeita a atos administrativos ilegais, feridos dos vícios típicos (incompetência, excesso de poder e violação de lei) e lesivos de interesses legítimos e interesses difusos. O juiz administrativo teria aqui apenas poderes anulatórios, fixando-se o princípio da não reparação das lesões destas situações jurídicas.¹⁹ E competência exclusiva, quando a lei remete para a sua jurisdição o tratamento de violações de direitos subjetivos, alargando os seus poderes, que para além de anulatórios são também condenatórios (por exemplo, em matéria relativa à função pública). Em regra, o Conselho de Estado funciona como instância de recurso das decisões dos TAR's.

Ao lado destes, temos ainda o Tribunal de Contas, responsável pela fiscalização das contas públicas e competente para dirimir conflitos referentes a algumas prestações sociais, e os tribunais das águas públicas.

Este sistema dualista levantou, ao longo do tempo, muitos problemas, não só na determinação do tribunal competente, mas sobretudo porque se manifestava cada vez mais desadequado a tutelar convenientemente a situação dos particulares, obrigando-os, muitas vezes, a recorrer às duas jurisdições, primeiro para conseguir a anulação do ato e depois uma indenização. Daí que, em 2000, depois de uma tentativa em 1998 que veio a ser declarada inconstitucional por vícios orgânicos, o legislador italiano, sob influência das exigências do direito comunitário e já alerta para estas dificuldades, operasse uma grande reforma neste sistema. Mudança essa que alguma doutrina italiana não deixou de assinalar como uma verdadeira alteração de paradigma.

18 Na Itália, cabe ao Tribunal Administrativo Regional do Lácio conhecer dos atos administrativos praticados pela Agcom (*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*) e pela Agcm (*Autorità garante della concorrenza e del mercato*), sendo o conhecimento do recurso dos atos da Aeeg (*Autorità per l'energia elettrica e il gas*) confiado ao Tribunal administrativo da Lombardia, conforme arts. 14 e 135 do Código de Processo Administrativo italiano (*Codice del Processo Amministrativo*). A jurisdição exclusiva atribuída pelo legislador aos tribunais administrativos está prevista no art. 133 do Código de Processo Administrativo italiano.

19 No entanto, como veremos adiante, este princípio não mais vigora no direito administrativo italiano. Nos termos da histórica decisão da Corte de Cassação – *Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999*, os juízes administrativos também podem fixar indenizações visando a reparação do “*danno ingiusto*”. A possibilidade de reparação no próprio processo administrativo admitida pela Corte de Cassação foi confirmada pelo art. 7º da *Legge 205*, de 21 de julho de 2000 que, se referindo ao art. 7º da *Legge 1034*, de 6 de dezembro de 1971, atribuiu ao juiz administrativo, no âmbito de sua jurisdição (que exclusiva, quer de legitimidade), o conhecimento das questões relativas ao eventual ressarcimento do dano (também através de reintegração em forma específica) e dos outros consequentes direitos patrimoniais.

Com a *Legge 21 luglio 2000, n.205*, passam a ser da competência dos tribunais administrativos todas as matérias referentes aos procedimentos de adjudicação de obras públicas, serviços e fornecimento, e referentes a serviços públicos, como os transportes ou as telecomunicações, entre outros. Revoga ainda todas as disposições que nestas áreas obrigavam o particular a recorrer aos tribunais judiciais para obter uma indenização.

Filippo Patroni Griffi, Presidente de seção do Conselho de Estado, afirma que a Lei n. 205 trouxe o seguinte legado à Justiça Administrativa italiana:

a) oggi il giudice amministrativo ha una fisionomia ben delineata come giudice del potere (o del mancato esercizio del potere) pubblico;

b) è acquista una tendenza alla concentrazione delle tutele come strumento volto ad assicurare la pienezza della cognizione del rapporto e la ragionevole durata del processo, in una cornice di piena equiordinazione delle posizioni soggettive e dei giudice chiamati a tutelarle;

c) sia pure entro certi limiti e con molte resistenze, va prendendo piede l'idea che il sistema delle tutele sia costituito da uno strumentario volto ad assicurare, pragmaticamente, la *riparazione* più adeguata nel caso concreto alla lesione ingiusta subita dal cittadino nell'esercizio dei pubblici poteri. E così viene in rilievo la sfera giuridica del cittadino nel suo complesso, più che la singola posizione soggettiva, talvolta difficile da individuare, da qualificare, da isolare.²⁰

O amplo alcance destas matérias e a própria fixação da jurisdição, já não em função da natureza da situação jurídica alegada pelo particular, mas em razão da matéria, permitem hoje afirmar que a dualidade de jurisdições quase se apagou do ordenamento jurídico italiano. Os tribunais administrativos adquirem competência e plena jurisdição na maioria dos litígios administrativos, podendo anular qualquer ato administrativo e fixar uma indenização. Torna-se irrelevante tratar-se ou não de um direito subjetivo ou interesse legítimo, fixando-se como princípio a reparação em caso de lesão de ambos.

Nos tribunais administrativos, o meio processual previsto mantém ainda o nome de recurso, que agora compreenderá poderes de

20 GRIFFI, Filippo Patroni. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *Le trasformazioni nella giustizia amministrativa: dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*. Prima edizione. Torino: Zanichelli S.p.A., 2011, p. 524.

mera apreciação, condenação e anulação, não autonomizando o legislador os três tipos diferentes de ação. As formas de processo utilizadas são a especial, ordinária e sumária, cada vez mais próximas do processo civil. Estão previstos ainda uma ação executiva e procedimentos cautelares, antes denominados incidentes de suspensão da eficácia do ato administrativo e integrados no processo principal, e que com a reforma de 2000 se tornaram ações autônomas.

Aqui vale, ainda, ressaltar que o Tribunal Constitucional, previsto nos artigos 134 a 137 da Constituição Italiana, não pertence ao Poder Judiciário. Constitui-se de 15 juízes, com mandato por nove anos, sendo um terço indicado pelo Presidente da República, um terço pelo Parlamento e um terço pela Suprema Corte de Cassação. Só a Corte Constitucional julga a constitucionalidade de uma lei. Se um juiz ordinário considera uma lei inconstitucional, suspende o andamento do processo e remete-o à Corte para decisão. O julgamento é rápido, e é possível determinar a reunião dos casos envolvendo a mesma matéria para julgamento único.

As profundas mudanças observadas não se limitaram, no entanto, apenas ao plano interno. Segundo Vinícius Martins, mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG, o direito administrativo na Itália enfrenta atualmente uma questão para nós desconhecida, que se alastra principalmente no ambiente europeu, com a integração cada vez mais intensa entre administrações nacionais e supranacionais manifesta através da supervisão comunitária sobre a independência das autoridades reguladoras, da ruptura do liame tradicional entre nacionalidade e função pública e da disciplina comunitária sobre múltiplas matérias administrativas, como ocorre no caso dos contratos.²¹

O tradicional “Estado-Nação” já não é mais arena exclusiva do direito administrativo, que agora se insere na “era do direito global”, em expressão utilizada pelo Professor da PUC/SP, Carlos Ari Sunfeld:

Eis, então, o direito global: a) variadas cadeias de normas, algumas geradas no “mercado jurídico interno”, outras tantas de origem externa (diga-se: de diferentes origens externas); b) uma complexa estrutura de órgãos, uns estatais, outros internacionais, produzindo e aplicando o direito; c) por fim, a mundialização da economia fazendo valer os seus interesses, tanto forçando a reforma dos Estados e

21 MARTINS, Vinícius. Transformações do Direito Administrativo Contemporâneo: Reflexos sobre a Contratualidade Pública nos Ordenamentos Jurídicos Italiano e Brasileiro. *Revista Jurídica, Brasília*, v. 7, n. 74, p. 01-26, ago./set. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista>. Acesso em: 23 set. 2012.

impondo-lhes organização, como impondo novas regulações para cada tipo de assunto.²²

Vinícius Martins cita em seu artigo texto do professor e juiz constitucional italiano Sabino Cassese “*Le trasformazioni del Diritto Amministrativo dal XIX ao XXI secolo*” publicado em 2002 na “*Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*”. Ele argumenta que o direito administrativo, antes restrito a âmbito estatal, “*è oggi legato a una pluralità di ordinamenti giuridici e di diritti*”.

Martins segue se pergutando “como esta conexão entre direito comunitário e direitos nacionais vem se afirmando na prática diuturna na União Européia e influindo na reforma de balizas do direito administrativo? Segundo SUNFELD, em especial a partir do início da década de 90, algumas decisões tomadas pelos órgãos judiciais da Comunidade vieram a abalar pilares fundados nos “velhos serviços públicos de regime jurídico afrancesado”.²³

As posições da Comissão e dos Tribunais da União Européia interferiram direta e incisivamente no regime contratual da administração italiana. Martins faz importantes digressões a respeito do influência do direito comunitário nos contratos da administração italiana, especialmente nos de concessão:²⁴

Convém destacar que o principal intuito da regulação comunitária sobre contratos administrativos não é o de harmonização integral de diretivas nacionais sobre matéria, porém o de coordenação dos procedimentos de formalização de contratos públicos, introduzindo um mínimo de normas comuns sobre critérios de adjudicação, publicidade de anúncios nos certames licitatórios e especificações técnicas utilizadas em documentos contratuais.

Dois são os aspectos que parecem centrais a este novo direito comunitário da contratação pública: a abertura dos processos de seleção à ampla concorrência comunitária e a adequação dos ordenamentos nacionais às diretrizes do Tratado de Maastricht.

Do primeiro ponto destacam-se influências significativas no desenvolvimento de determinadas empresas, regiões da Comunidade

²² SUNFELD, Carlos Ari. *A administração pública na era do direito global*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2004

²³ MARTINS, op. cit., p. 4.

²⁴ MARTINS, op. cit., p. 11-13.

e inteiros setores das economias nacionais. A normativa italiana em vigor procurou adaptar tais diretrizes, instituindo a disciplina dos contratos denominados "*sopra soglia comunitaria*"²⁵ e "*sotto soglia comunitaria*", submetendo o procedimento "*ad evidenza*" dos primeiros a uma publicidade que procura abarcar todos os países da União Europeia, determinando a obrigatoriedade de publicação dos respectivos "*bandi di gara*" em seu Jornal Oficial. Com este mesmo condão observou-se naquele ordenamento a implementação de medidas discriminatórias – como a reserva de contratos ou a prática de condições de preços mais favorecidas – com o intuito de favorecer contratantes de regiões pobres (principalmente os localizados na região do Mezzogiorno).

Quanto à aplicação dos princípios do Tratado à dinâmica dos contratos administrativos, as repercussões também são de grande monta. A discussão do princípio da igualdade (art. 6º), por exemplo, relativamente à discriminação entre concorrentes de nacionalidade diversa, veio a provocar manifestação paradigmática do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.²⁶

Não obstante a relevância das disposições precitadas, as diretrizes comunitárias relativas à natureza jurídica do instituto da concessão ("*concessione*") são, sem reboços, as que maiores impactos provocam no âmbito do direito administrativo italiano. Expliquemos.

A tradição doutrinária peninsular procurou, durante longo período, caracterizar a concessão como ato unilateral de *ius imperii*. Todavia, vários direitos, obrigações, ônus e encargos recíprocos imanes, demonstravam a existência de relações complexas de cunho organizacional, técnico e econômico, que tornavam o ato concessório, de fato, uma convenção bilateral regulativa destes aspectos.

Assim, nasce entre os administrativistas italianos um novo modelo denominado pela jurisprudência de "*concessione-contratto*" (concessão-contrato), resultante da combinação do procedimento concessório e um acordo bilateral regulatório das obrigações e direitos. Caso se faça necessário um ato preparatório à concessão, este não se constitui

²⁵ Tais modalidades foram instituídas pelos D. Lgs. 157/95, modificado pelo D. Lgs. 65/2000.

²⁶ Caso C-3/88, de 05/12/89, Comissão vs. República Italiana, do que se extrai: "a regra da igualdade de trato não só proíbe discriminações ostensivas, fundadas na nacionalidade, como também todas as formas de discriminação que, aplicando outros critérios de distinção, desembocam ao final no mesmo resultado."

em um contrato, porque destes atos não nascem as obrigações, uma vez que são preparatórios para a emanção do Poder Estatal. As relações jurídicas fruto deste ato unilateral podem ser bilaterais, o que, porém, não se confunde com a natureza do ato concessório, que, repita-se, seria unilateral.

A Diretiva 93/37/CEE desmistifica tal abstração doutrinária, conceituando a concessão como um contrato de direito público. Acompanhando tal diretiva, a jurisprudência do Conselho de Estado, seção V, nº 1327 de 13 de março de 2000, entende ser possível a rescisão da concessão. Vem haurindo forças, por tal influência, a corrente contratualista que constrói seus fundamentos na necessidade de criação de um sistema de organização e gestão dos serviços públicos, capaz de dirigi-los e controlá-los, apesar dos mesmos estarem localizados fora do aparato burocrático da Administração, ou seja submetidos à gestão direta dos concessionários.”

Lauren Lautenschlager, no artigo “*O princípio da uniformidade de interpretação e aplicação do Direito da Integração*” ressalta que a competência da Administração Pública resume-se em aplicar o Direito Comunitário no exercício da função administrativa do Estado, sendo que esta aplicação provoca grandes transformações.²⁷ Citando Fausto de Quadros, ressalta que “estabelece-se, querendo ou não, a comunitarização ou europeização das Administrações Públicas e dos Direitos Administrativos estaduais o que faz um novo sistema administrativo europeu, que ultrapassa e suplanta a divisão clássica entre os sistemas administrativos de tipo francês, alemão e britânico”.²⁸

A autonomia dos Estados-membros nunca pode ser invocada para justificar a inobservância das vinculações decorrentes do Direito Comunitário, nem poderá ser contrária à aplicação uniforme. Da mesma forma, a aplicação do Direito Comunitário por cada Estado deve ser feita como uma eficácia e um rigor equivalentes aos empregues na aplicação do seu direito nacional, devendo atender os princípios da lealdade comunitária, da boa-fé, da cooperação leal, da autonomia dos Estados Membros, limitada a não pôr em causa a sua subordinação ao Direito Comunitário e da coerência global do sistema jurídico comunitário.

²⁷ LAUTENSCHLAGER, Lauren. O princípio da uniformidade de interpretação e aplicação do Direito da Integração. *Jus Navigandi*, publicado em 01/2011. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/18348>>. Acesso em: 20 set. 2012.

²⁸ QUADROS, Fausto de. *Direito da União Européia: direito constitucional e administrativo da União Européia*, p. 529.

No tocante à aplicação do Direito Comunitário pelos Tribunais nacionais, todos os tribunais nacionais são tribunais comunitários. Todavia, os mais relevantes são os tribunais constitucionais e os tribunais administrativos. O principal órgão é o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, e este possui uma tríplice competência: consultiva²⁹, contenciosa³⁰ e judiciária³¹.

Necessário mencionarmos acerca da competência judiciária e mais especificamente do reenvio prejudicial, sendo este um instrumento privilegiado de garantia da uniformidade na aplicação do direito comunitário. Ao princípio da uniformidade, através do reenvio, incumbe a tarefa de prover a uniforme interpretação e constatação da invalidade de normas comunitárias pelos operadores jurisdicionais das diversas ordens jurídicas nacionais.

As questões prejudiciais consistem num instrumento da interpretação uniforme do direito comunitário, ou como alguns preferem "mecanismo a fim de evitar divergências de jurisprudência nos vários Estados-membros"³². A questão prejudicial surge como uma questão incidental dentro do processo principal, acarretando a suspensão da instância no processo principal. Ela deve ser desprovida de formalidade (é feita, geralmente em forma de perguntas, conforme nos informa João Mota de Campos em seu Manual de Direito Comunitário), e corre em algum tribunal nacional.

Consideradas como uma manifestação da cooperação entre os tribunais nacionais e a Corte de Justiça Europeia, as questões prejudiciais dão oportunidades ao juiz nacional para, antes de aplicar a norma em litígio, obter do Tribunal Comunitário um critério uniforme para interpretação e a apreciação da validade da norma ou do ato em causa.

Algumas observações gerais deste instituto merecem ser destacadas. A Corte não hesita em reformular as questões se entender necessário, embora não responda a questão colocada. A decisão proferida naquele processo é obrigatória para os órgãos jurisdicionais nacionais, mas não se aplica às decisões que já constituíram coisa julgada.

A obrigação de reenvio está relacionada com o caráter do tribunal, e não com a natureza do processo, pois as decisões dos tribunais inferiores

29 A Corte Europeia fornece um parecer sobre a compatibilidade de um projeto de acordo com as disposições do Tratado da União Europeia, tudo com o objetivo de prevenir situações de conflito entre os tratados comunitários e outros instrumentos internacionais celebrados pela Comunidade.

30 Referindo-se, por exemplo, ao recurso de anulação, ação para cumprimento, por descumprimento e responsabilidade da Comunidade Europeia.

31 Aqui se fala da cooperação judiciária e mais especificamente do reenvio prejudicial.

32 Assim, QUADROS, Fausto; MARTINS, Ana Maria Guerra em *Contencioso da União Europeia*, p. 71.

são normalmente suscetíveis de recurso. Nos casos de interpretação, a obrigatoriedade deixa de existir quando a questão não for necessária nem pertinente para o julgamento do litígio principal, ou quando se verificar uma identidade material da questão prejudicial com outra que já foi decidida pela Corte de Justiça ou ainda na hipóteses do juiz natural tiver verificado que a interpretação da norma em questão é clara.³³

O conselheiro Roberto Chieppa faz importantes considerações a respeito do reenvio prejudicial na atividade desenvolvida pelo Conselho de Estado:

L'attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale è facoltativa, tranne che per i giudici interni di ultima istanza (organo giurisdizionale nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno), che sono tenuti a rivolgersi alla Corte con il rinvio pregiudiziale, salvo le deroghe introdotte dalla giurisprudenza comunitaria.

Al riguardo si rileva che il Consiglio di Stato ha fatto un corretto uso della c.d. giurisprudenza Cilfit, che ha reso meno rigido l'obbligo del rinvio per i giudici di ultima istanza, i quali non sono tenuti a sottoporre alla Corte una questione di interpretazione di norme comunitarie se questa non è pertinente (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite), se la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla Corte o se comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso (e il contesto eventualmente nuovo non sollevi alcun dubbio reale circa la possibilità di applicare tale giurisprudenza), o se la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata.

Sotto il profilo statistico, le domande pregiudiziali rappresentano mediamente circa la metà dell'intero contenzioso pendente dinanzi alla Corte di Giustizia: delle 7005 domande pregiudiziali formulate fino al 2010 (su un totale 16828 cause promosse) 1007 provengono da giudici italiani, di cui 108 dalla Corte di cassazione, 1 dalla Corte costituzionale, 64 dal Consiglio di Stato e 883 da altri organi giurisdizionali.³⁴

³³ LAUTENSCHLAGER, op. cit., p. 12-13.

³⁴ CHIEPPA, Roberto. Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia. In: *Il Consiglio di Stato e la Corte di Giustizia dell'Unione europea*. Prima edizione. Torino: Zanichelli S.p.A., 2011, p. 603-604.

Em suma, cabe fazer mais uma alusão ao estudo de Vinícius Martins, para o qual:

A comunitarização do direito administrativo traz a lume de forma ainda mais latente a precariedade dos critérios tradicionais de classificação da atividade estatal, imiscuindo-se intensamente no âmbito do direito italiano. O conhecimento das transformações do Direito Administrativo neste início de século traz à luz algumas questões relevantes e que interferem decisivamente no enquadramento teórico de muitos de seus institutos. Fenômenos como a inserção do direito interno numa órbita comunitária, a ‘dessacralização’ da supremacia do Estado e a superação da dicotomia direito administrativo/direito comum são decisivos ao enfrentamento adequado dos problemas que exsurgem na seara publicística contemporânea.³⁵

As observações feitas pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido de que praticamente todas as recentes inovações do direito administrativo brasileiro são oriundas do sistema da *commom law* e do direito comunitário europeu, com inegáveis influências do direito italiano, de onde recebemos o próprio método de elaboração e estudo do direito administrativo, não deixa dúvidas sobre a importância e a atualidade do estudo aqui proposto.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Fundamentos do Direito Constitucional*: constituição, tipologia constitucional, fisiologia constitucional. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁵ MARTINS, op. cit., p. 17.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O Direito Administrativo Brasileiro sob Influência dos Sistemas de Base Romanística e da Common Law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público, n. 08, nov./dez. 2006/jan. de 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 21 set. 2012.

SANDULLI, Aldo; AIMO, Piero; TORCHIA, Luisa; NOCILLA, Damiano; LISE, Pasquale de; GRIFFI, Filippo Patroni; CHIEPPA, Roberto. *Il Consiglio di Stato: 180 anni di Storia*. Prima edizione. Torino: Zanichelli S.p.A, 2011.

REIS, Elisabete Martins dos; MAURÍCIO, Raquel. *Breve Presentazione Della Giustizia Amministrativa Italiana*. Em 24 out. 2009. Disponível em: <<http://ccalmo.blogspot.com.br/2009/10/breve-presentazione-della-giustizia.html>>. Acesso em: 23 set. 2012.

MARTINS, Vinícius. Transformações do Direito Administrativo Contemporâneo: Reflexos sobre a Contratualidade Pública nos Ordenamentos Jurídicos Italiano e Brasileiro. *Revista Jurídica, Brasília*, v. 7, n. 74, ago/set, 2005. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista>. Acesso em: 23 set. 2012.

SUNFELD, Carlos Ari. *A administração pública na era do direito global*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2004

LAUTENSCHLAGER, Lauren. O princípio da uniformidade de interpretação e aplicação do Direito da Integração. *Jus Navigandi*, publicado em: 01/2011. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/18348>>. Acesso em: 20 set. 2012.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Européia: direito constitucional e administrative da União Européia*.



BANCO CENTRAL DO BRASIL, BANCO DA ITÁLIA E BANCO CENTRAL EUROPEU: UM EXERCÍCIO DE COMPARAÇÃO JURÍDICA SOBRE AS FORMAS DE ATUAÇÃO NO ÂMBITO DO SISTEMA FINANCEIRO

*CENTRAL BANK OF BRAZIL, BANK OF ITALY AND EUROPEAN
CENTRAL BANK: ROLES AND FUNCTIONING IN THE FINANCIAL
SYSTEM*

Marcel Mascarenhas dos Santos

*Procurador do Banco Central do Brasil desde junho de 2006, exercendo atualmente a
função de Subprocurador-Geral titular da Chefia do Gabinete do Procurador-Geral
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito e Funções de Banco Central; 2 Banco Central do Brasil; 3 Banco da Itália – Relacionamento com o Banco Central Europeu e Comparação com o Banco Central do Brasil; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é apresentar conceitos básicos de bancos centrais e visão panorâmica das funções por eles exercidas nos principais ordenamentos, a exemplo da execução das políticas monetária e cambial, da supervisão do sistema financeiro e da regulação prudencial. Dá-se especial atenção aos modelos vigentes no Brasil, na Itália e na Europa, busca-se, por meio de exercício de comparação jurídica, mediante análise das legislações próprias e da doutrina especializada, entender semelhanças e diferenças entre as estruturas e a forma de atuação de cada banco central, bem assim compreender o relacionamento e a repartição de competências entre um banco central nacional e outro comunitário. A comparação jurídica tem o propósito, ainda, de fomentar a discussão sobre o intercâmbio de experiências positivas entre os modelos, contribuindo para o aperfeiçoamento dos sistemas financeiros em cada ordenamento, considerando a necessidade de conferir segurança jurídica às transações financeiras de caráter global.

ABSTRACT: This study aims to define roles of central banks and to offer an overview of the functions they can play in their jurisdictions, such as monetary and foreign exchange policy, supervision and regulation. This study focuses on current models of central banking in Brazil, Italy and Europe, based on legal comparison between their central banks. It analyzes their legislation and their jurist's opinion in order to understand similarities and differences between their structures and functioning. Another key point is the roles of central banks domestically, such as Bank of Italy, and within a community of countries, such as European Central Bank. Legal comparison also seeks to provide discussion on the exchange of best practices between different systems, considering the need for providing legal accuracy to the global financial negotiations.

PALAVRAS-CHAVE: Banco central. Funções. Política Monetária. Supervisão. Regulação. Sistema Financeiro. Comparação Jurídica. Brasil. Itália. União Europeia.

KEYWORDS: Central Bank. Roles. Monetary Policy. Supervision. Regulation. Financial System. Legal Comparison. Brazil. Italy. European Union.

INTRODUÇÃO

A globalização do capital e a relação entre operações financeiras realizadas em todo o mundo – já de conhecimento do grande público, muito por conta, infelizmente, das recentes crises de liquidez, solvência e credibilidade de dimensões internacionais – aprofundaram, inegavelmente, a necessidade de integração entre os agentes dos diversos sistemas financeiros e de coordenação entre suas ações. Incontestável também, nesse contexto, a importância da atuação dos bancos centrais, que costumam centralizar uma série de atribuições com vistas ao regular desenvolvimento do sistema financeiro.

Essas atribuições, denominadas pela doutrina de funções “clássicas” ou “típicas” de banco central, podem variar de um ordenamento para outro, de acordo com a experiência histórica e a conjuntura político-econômica de cada país. Nem todos os bancos centrais são, ao mesmo tempo, emissores de moeda e executores das políticas monetária e cambial, reguladores do risco sistêmico, reguladores e supervisores das instituições financeiras, bancos dos bancos, prestamistas de última instância e banqueiros do governo.

O objetivo deste artigo é justamente traçar um breve panorama sobre as formas de atuação desse importante agente do Estado, fazendo um exercício de comparação jurídica entre os papéis a cargo do Banco Central do Brasil e do correspondente italiano, o Banco da Itália, sem olvidar sua intrincada relação com o Banco Central Europeu.

1 CONCEITO E FUNÇÕES DE BANCO CENTRAL

Os bancos centrais não surgiram com a feição que hoje possuem, sendo, em verdade, resultado de longo e não necessariamente linear processo de evolução. Alguns surgiram de bancos privados que emitiam moedas próprias ou funcionam como bancos comerciais e, por alguma razão histórica, passaram a centralizar os lastros da economia, a monopolizar a emissão da moeda nacional ou a assumir as reservas do governo central. Outros foram criados à medida que o comércio internacional se intensificava no início do século XX ou para fomentar as atividades financeiras após a Primeira Guerra Mundial. O fato é que, à exceção do Banco Inglaterra, do Banco República Oriental do Uruguai e de outras poucas experiências isoladas, a maioria dos bancos centrais surgiu mesmo no século XX.

O eixo em volta do qual começaram a surgir essas instituições e permanece como ponto principal de sua atuação é a moeda e o controle sobre sua emissão e seu valor, e, por conseguinte, controle da inflação. Como bem sintetizou Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, pode-se dizer que, “dentre as diversas funções exercidas pelos bancos centrais nos sistemas comparados, as questões monetárias representam o cerne de sua atividade”¹. A essa função se convencionou chamar *execução da política monetária*, na qual, para os efeitos deste trabalho, pode-se incluir também o *monopólio de emissão de moeda*.

A preponderância dessa temática pode ser notada em diversas definições de banco central, a exemplo daquela constante da edição eletrônica da Enciclopédia Britannica:

Central bank: Institution [...] that is charged with regulating the size of a nation's money supply, the availability and cost of credit, and the foreign-exchange value of its currency. [...] The principal objectives of a modern central bank in carrying out these functions are to maintain monetary and credit conditions conducive to a high level of employment and production, a reasonably stable level of domestic prices, and an adequate level of international reserves.²

Em semelhante linha, o Estatuto do *Bank for International Settlements* (BIS), instituição supranacional que promove a compensação entre ativos de dezenas de bancos centrais do mundo, consigna que “*central bank means the bank or banking system in any country to which has been entrusted the duty of regulating the volume of currency and credit in that country*” (art. 56, alínea “a”)³. Não é por outra razão que os bancos centrais costumam ser denominados “autoridades monetárias”, afinal, são responsáveis pela gestão e pelo controle da moeda de um Estado, pela oferta dessa

1 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Bancos Centrais no Direito Comparado – O Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil* (o regime vigente e as propostas de reformulação). São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29.

2 Tradução livre: “Instituição [...] responsável por regular o tamanho da oferta da moeda nacional, a disponibilidade e o custo do crédito e o valor da moeda nacional em relação a outras. [...] Os principais objetivos de um banco central moderno no desempenho dessas funções são manter as condições monetárias e de crédito favoráveis a um elevado nível de emprego e produção, um nível razoavelmente estável dos preços domésticos e um nível adequado de reservas internacionais.” Cf. BRITANNICA ENCYCLOPEDIA. Central bank. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/102342/central-bank>>. Acesso em: 29.set.2012.

3 Tradução livre: “Banco Central é o banco ou o sistema bancário, em qualquer país, ao qual foi confiado o dever de regular o volume de moeda e de crédito”. Cf. BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS). Statutes. Disponível em: <<http://www.bis.org/about/statutes-en.pdf>>. Acesso em: 29.set.2012.

moeda e pela definição das taxas de juros aplicáveis, ostentando, ainda, o monopólio sobre o aumento da base monetária do país⁴.

Para que possam fazer valer suas atribuições, como bem acentua o ex-diretor-geral do Banco da França Jean-Pierre Patat⁵, os bancos centrais são dotados de poder público, sob a forma de ente ou órgão estatal que ocupa posição jurídica de supremacia em relação às instituições do sistema financeiro. Em maior ou menor escala, esse controle por órgão central e único se dá em razão da necessidade do Estado moderno de acompanhar de pertos os passos de uma economia cada vez mais sofisticada, cujos agentes utilizam técnicas negociais multiplicadoras de moeda e crédito e sujeitam os demais operadores e também os consumidores a uma série de riscos financeiros.

Com a execução da política monetária, objetiva-se “controlar a liquidez global do sistema econômico de forma a manter a quantidade de moeda em circulação compatível com a estabilidade do nível geral de preços, a dinâmica do produto e a estabilidade cambial”⁶. Para tanto, os bancos centrais dispõe de instrumentos variados, sendo os mais clássicos a determinação de recolhimento compulsório de parte dos depósitos mantidos pelas instituições financeiras, a realização de operações de mercado aberto, relacionadas à compra e venda de títulos governamentais, e a concessão de redesconto. Mas há também outras formas de regular a oferta de moeda, a exemplo do estabelecimento de coeficientes de liquidez, da fixação de limites de oferta de crédito e do nível de alavancagem, bem assim da fixação de taxas de juros. Muitos países, dentre eles o Brasil, passaram a adotar também um *sistema de metas para a inflação*.

Essa função típica dos bancos centrais, que se incorpora a seu próprio conceito, revela uma finalidade comum a todos eles, identificada pelo ex-dirigente do Banco da Itália Cesare Caranza como “procurar manter a estabilidade do valor moeda, nos campos interno e externo, harmonizando-se o nível adequado de moeda no país pelos seus residentes”⁷, buscando manter hígido o padrão monetário adotado em cada país.

Esse objetivo de controle dos preços e da inflação é tão caro ao Brasil que essa é declaradamente a missão institucional de seu banco

4 Cf. O’SULLIVAN, Arthur; SHEFFRIN, Steven M. *Economics: Principles in action*. 2003. Upper Saddle River, New Jersey 07458: Pearson Prentice Hall, p. 254.

5 Apud VERÇOSA, op. cit., p. 36.

6 ESTRELA, Marco Antônio; ORSI, Ricardo Vieira. *Moeda, sistema financeiro e banco central: uma abordagem prática e teórica sobre o funcionamento de uma autoridade monetária no mundo e no Brasil*. Curso de formação de Procuradores do Banco Central do Brasil. Brasília: Cespe/UnB, 2010.

7 Apud VERÇOSA, op. cit., p. 39.

central, assim enunciada, no endereço eletrônico da entidade⁸, abaixo de sua insígnia: “assegurar o poder de compra da moeda e um sistema financeiro sólido e eficiente”.

Mas ao tempo em que essa missão reforça o compromisso do banco central brasileiro com a estabilidade da moeda e o controle da inflação, revela aspectos que não são necessariamente contemplados no conceito de política monetária, embora com ela mantenham relações importantíssimas para a estabilidade financeira e o desenvolvimento econômico.

Nesse contexto, cita-se, de início, a *execução da política cambial*, que impõe aos bancos centrais a “responsabilidade de serem depositários das reservas oficiais em ouro e em moeda estrangeira”⁹, bem assim a tarefa de administrarem esses depósitos, inclusive mediante aplicação nos mercados internacionais. Trata-se de função que, para além de guardar pertinência com o controle da base monetária e a política de preços internos, é essencial para o desenvolvimento do comércio exterior. As reservas internacionais funcionam, ainda, como colchão de liquidez em momentos de crises financeiras globais e contribuem para a formação da credibilidade externa de um país.

A execução das políticas monetária e cambial já aponta para um envolvimento estreito entre os bancos centrais e a administração fazendária dos respectivos países, seja no âmbito da política fiscal, seja na custódia e na administração dos recursos pertencentes ao Estado, isto é, o Tesouro. A relação, na verdade, é ainda mais intrincada, uma vez que é muito comum os bancos centrais assumirem a função de *banqueiro do governo*.

Essa função remonta a origem dos próprios bancos centrais, muito dos quais eram bancos privados que receberam o monopólio da emissão da moeda, ficando encarregados, por outro lado, de gerir os recursos do Estado em moeda nacional (disponibilidades de caixa) e de fomentar suas atividades, inclusive mediante a concessão de empréstimos¹⁰. Também se incluem nesse contexto o depósito das reservas internacionais e a realização de empréstimos por conta do Estado. Dada a possibilidade de confusão de patrimônios e de ausência de transparência no fluxo de recursos, o desempenho dessa função atualmente costuma-se dar sob a égide de rígidos limites e regras de controle e fiscalização¹¹.

8 Cf. <www.bcb.gov.br>.

9 VERÇOSA, op. cit., p. 52.

10 Cf., a propósito, VERÇOSA, op. cit., p. 55, e ESTRELA; ORSI, op. cit., p. 206.

11 No ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, as orientações normativas expressas sobre o relacionamento entre o Banco Central do Brasil e a União, por meio do Tesouro Nacional, constam da própria Constituição e da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade

Esse é um panorama sobre as funções típicas de bancos centrais mais próximas da organização e do funcionamento Estado. Cabem, agora, algumas palavras sobre a atuação mais voltada ao funcionamento do sistema financeiro, à regulação de suas atividades e à supervisão das instituições que o integram.

Uma das funções comuns aos bancos centrais nesse espectro é sua atuação como *banco dos bancos*, que, de algum modo, pode ser considerada outra faceta da condução da política monetária, com foco nas instituições integrantes do sistema financeiro. Pode ser vista também como a forma de coordenação entre o agente que detém supremacia e todos os outros agentes do mercado. Envolve o recolhimento compulsório de parte dos depósitos mantidos pelas instituições financeiras, a regulação ou mesmo a administração de câmaras de compensação de ativos financeiros, a regulação ou mesmo a gestão de sistema de pagamentos e a concessão de crédito às instituições financeiras, mediante, por exemplo, operações de redesconto ou linhas especiais de assistência financeira.

Nesse particular, convém salientar que as instituições captam recursos junto ao público em geral e costumam também realizar operações financeiras com outras instituições, inclusive para manter padrão de liquidez suficiente para honrar suas obrigações de curto e médio prazo, entre elas os depósitos e aplicações dos clientes e investidores. Em determinadas situações, os bancos centrais podem conceder crédito para bancos que ostentem dificuldade transitória de liquidez, assim agindo para evitar que esse problema localizado possa prejudicar o regular funcionamento do sistema financeiro.

Em situações de iliquidez mais prolongada, quando há risco de insolvência técnica ou de problemas relacionados com a qualidade dos ativos das instituições, os bancos centrais podem ser autorizados a intervir com aporte de recursos, igualmente sob a forma de empréstimo, atuação que os qualifica como *prestamistas de última instância*¹².

Não só por conta da necessidade de identificação de problemas de liquidez e solvência, os bancos centrais costumam ser investidos de atribuições voltadas à *supervisão e fiscalização das instituições integrantes do sistema financeiro*, uma vez que as atividades por elas realizadas envolvem inúmeros riscos operacionais e financeiros, sem falar na prática não rara de fraudes e outras irregularidades por seus controladores e administradores. Inspirado em palavras do comentarista econômico Martin Wolf sobre os riscos de capital, político e de fraudes próprios do

Fiscal), bem assim de normas esparsas, como a Lei nº 10.179, de 6 de fevereiro de 2001, e a Medida Provisória nº 2.179-36, de 24 de agosto de 2001.

12 Cf. ESTRELA; ORSI, op. cit., pp. 199-202.

setor, assim se manifesta Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa a respeito do perigo comumente apresentado pelos bancos (argumentação válida para as demais espécies de instituição financeira) e da necessidade de atuação dos bancos centrais:

Sabe-se que a maior parte das obrigações dos bancos é resgatável em curto prazo, ao passo que, de outro lado, suas aplicações – efetuadas a médio e longo prazos – enfrentam problemas da insolvência dos seus devedores, de mudanças políticas e cambiais etc. Não são absolutamente imunes a fraudes, destacando-se a atual elevada preocupação com a qualidade de seus controles internos, a ser sempre maximizada. Uma situação favorável encontrada nas épocas de economia aquecida rapidamente pode deteriorar-se em significativas perdas, diante de uma crise econômica, causadas pela rápida queda dos valores dos seus próprios ativos e daqueles dados em garantia pelos seus devedores.

[...]

A fiscalização permanente das instituições financeiras tem sido reconhecida como uma das funções essenciais dos bancos centrais para o fim de afastar as crises geradas pelos bancos e é preciso que tal dever seja efetivamente exercido de forma adequada e que a sociedade esteja a par da existência desses serviços. Dele decorre, necessariamente, o poder de intervir nas instituições insolventes do mercado, para o restabelecimento do seu equilíbrio.¹³

A esse propósito, o atual Diretor de Fiscalização do Banco Central do Brasil já teve a oportunidade de destacar que “segundo as melhores práticas e recomendações nacionais e internacionais, a supervisão bancária deve orientar-se pelo enfoque sistêmico”, sem prejuízo do “equilíbrio entre a metodologia de supervisão focada em risco e práticas de supervisão mais tradicionais”¹⁴.

Assim, em apertada síntese, conforme ressaltado pelo Procurador-Geral do Banco Central do Brasil em evento organizado pela Federação

¹³ VERÇOSA, op. cit., pp. 214-216.

¹⁴ MEIRELLES, Anthero de Moraes. Apresentação na Comissão de Fiscalização Financeira e Controle (CFFC) da Câmara dos Deputados em 14 de dezembro de 2011. Obtido via internet. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/apron/apres/Anthero_Meirelles_Apresenta%E7%E3o_Panamericano_CamDep_14_12_2011.pdf>. Acesso em 29.set.2012. p. 15-16;

Brasileira de Bancos (Febraban)¹⁵, cabe ao ente fiscalizador adotar, diante de problemas ou irregularidades verificadas em situações concretas, *medidas prudenciais e preventivas*, para garantir o regular funcionamento, a solvência e a liquidez, *medidas saneadoras*, consistentes no afastamento dos controladores e administrados e na gestão da instituição financeira em regime de administração especial temporária, intervenção ou liquidação, e *medidas punitivas*, no âmbito de processo administrativo sancionador.

Perpassando todas essas funções típicas de bancos centrais, está a *regulação bancária*. Os bancos centrais são guardiões das normas que visam a preservar a estabilidade do sistema financeiro, a disciplinar a constituição das instituições e os requisitos para seu funcionamento, a limitar suas operações, a promover a defesa da concorrência no setor, a reprimir condutas ilícitas, a controlar os riscos inerentes a suas atividades. Em determinados ordenamentos, os próprios bancos centrais são dotados de poder regulamentar, seja para tratar dos processos atinentes à execução das políticas monetária e cambial, seja para cuidar de padrões procedimentais a serem observados pelas instituições financeiras.

A especificidade do setor financeiro é de tal ordem que normalmente justifica a existência de normas especiais, diferenciadas da legislação civil, empresarial e sancionadora ordinária. Sobre a essencialidade da regulação bancária, veja-se a lição de Nelson Abrão¹⁶:

O tema regulação bancária, extremamente controvertido, em face da crise, fortemente nos países desenvolvidos, descortina corrente favorável, quando o Estado cria mecanismos e estabelece premissas, evitando descontroles gerenciais e administrativos.

A legislação bancária está repleta de mecanismos de controle e fiscalização, sendo correto afirmar que os níveis de transparência foram elevados com a governança corporativa.

A economia financeira e de ordem bancária funcionam conjuntamente, revelando os aspectos essenciais de uma regulação voltada para os limites do risco e imposição de responsabilidade.

15 FERREIRA, Isaac Sidney Menezes. *Aspectos materiais e procedimentais da atuação prudencial preventiva do Banco Central*: Resolução nº 4.019, de 29 de setembro de 2011. Palestra de abertura do 9º Congresso Febraban de Direito Bancário. São Paulo, 17 de maio de 2012 (2012-a). Disponível em: <<http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Isaac%20Sidney%20-autorizado%20para%20site.pdf>>. Acesso em 29.set.2012. p. 5-9.

16 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 636-637.

Observa Fabiano del Masso¹⁷ que a economia não pode funcionar sem a intervenção do Estado no regramento do mercado, cuja regulação pode incidir em maior ou menor intensidade, mas é indispensável, sobre pena de acarretar violação dos direitos garantidos, afetando a dignidade da pessoa humana.

Para além da imprescindibilidade da regulação bancária, com vistas a conferir segurança jurídica aos agentes e usuários do setor financeiro, outro aspecto de relevo nesse ponto é a exigência de celeridade para edição das normas de regência do setor. Com efeito, o dinamismo desse mercado, caracterizado pela profusão de instrumentos, pelo volume de recursos movimentados e pela agilidade com que são realizadas operações, exige certa flexibilidade para a criação de normas, com a celeridade necessária ao acompanhamento tempestivo e contínuo das ações desenvolvidas pelas instituições integrantes do sistema financeiro. Nelson Abrão¹⁸ novamente bem compreende esse fenômeno:

A extraordinária rapidez com que se desenrolam os fatos da vida econômica e financeira dificilmente pode ser acompanhada pela edição de normas reguladoras pelo Poder Legislativo. Uma ausência legis seria de todo indesejável: [...].

Justamente na esfera financeira, onde está envolvido o interesse público, a norma reguladora necessita acompanhar os fatos. Daí a premência da edição de leis menores, de elaboração mais rápida e menos complexa.

Explicitadas, em linhas gerais, as funções clássicas, tipicamente atribuídas a bancos centrais no mundo, traçar também um panorama sobre a forma de atuação do Banco Central do Brasil, do Banco da Itália e do Banco Central Europeu.

2 BANCO CENTRAL DO BRASIL

O Banco Central do Brasil foi criado pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964¹⁹, também conhecida como Lei da Reforma Bancária, pela transformação da Superintendência da Moeda e do Crédito (Sumoc)

17 DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro, 2007 [nota presente no original].

18 ABRÃO, Nelson. op. cit., p. 324-325.

19 Para um aprofundamento sobre ao histórico institucional do Banco Central do Brasil, cf. DURAN, Camila Villard. A moldura jurídica da política monetária: um estudo de caso. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 124-139.

em autarquia federal (art. 8º), integrante do Sistema Financeiro Nacional (art. 1º) e responsável pela execução da legislação de regência do setor, incluindo as normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional (art. 9º), visando, como já visto, a “garantir o poder de compra da moeda nacional, tendo por objetivos”, dentre outros, “zelar pela adequada liquidez da economia, manter as reservas internacionais em nível adequado, estimular a formação de poupança, zelar pela estabilidade e promover o permanente aperfeiçoamento do sistema financeiro”²⁰.

Considerando o leque de funções típicas apresentado no tópico anterior, pode-se afirmar que o Banco Central do Brasil transita, em maior ou menor extensão, por todas elas, como se vê nos arts. 10 e 11 da Lei nº 4.595, de 1964:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

I - Emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (Vetado)

II - Executar os serviços do meio-circulante;

III - determinar o recolhimento de até cem por cento do total dos depósitos à vista e de até sessenta por cento de outros títulos contábeis das instituições financeiras [...];

IV - receber os recolhimentos compulsórios de que trata o inciso anterior e, ainda, os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras, nos termos do inciso III e § 2º do art. 19;

V - Realizar operações de redesconto e empréstimos a instituições financeiras bancárias e as referidas no art. 4º, inciso XIV, letra “b”, e no § 4º do art. 49 desta lei;

VI - Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;

VII - Efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei;

VIII - Ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de Direitos Especiais de Saque e fazer com estas últimas todas e

²⁰ Cf., nesse sentido, o sítio do Banco Central do Brasil na internet: <<http://www.bcb.gov.br/?LAICOMPETENCIAS>>. Acesso em: 29.set.2012.

quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional;

IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;

X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:

- a) funcionar no País;
- b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;
- c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;
- d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;
- e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;
- f) alterar seus estatutos.
- g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário;

XI - Estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional;

XII - Efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais;

XIII - Determinar que as matrizes das instituições financeiras registrem os cadastros das firmas que operam com suas agências há mais de um ano.

[...]

Art. 11. Compete ainda ao Banco Central da República do Brasil;

I - Entender-se, em nome do Governo Brasileiro, com as instituições financeiras estrangeiras e internacionais;

II - Promover, como agente do Governo Federal, a colocação de empréstimos internos ou externos, podendo, também, encarregar-se dos respectivos serviços;

III - Atuar no sentido do funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio e do equilíbrio no balanço de pagamentos, podendo para esse fim comprar e vender ouro e moeda estrangeira, bem como realizar operações de crédito no exterior, inclusive as referentes aos Direitos Especiais de Saque, e separar os mercados de câmbio financeiro e comercial;

[...]

VI - Regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis;

VII - Exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem;

VIII - Prover, sob controle do Conselho Monetário Nacional, os serviços de sua Secretaria.

[...]

Diante de dispositivos como os incisos I a VIII e XII do art. 10 e o inciso III do art. 11, não há dúvida de que ao Banco Central do Brasil foi conferida competência para formular, executar e acompanhar as *políticas monetária e cambial*. O *monopólio da emissão de moeda* de que trata o inciso I passou a ostentar natureza constitucional, nos termos do art. 164 da Carta de 1988 (“A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central”), bem assim foi reforçada a possibilidade de utilização de títulos públicos para controle da oferta de moeda. Vale ressaltar, ademais, que a Lei nº 4.595, de 1964,

foi recepcionada em grande parte como se fosse lei complementar, à vista do art. 192 da Constituição²¹.

A função de *banqueiro do governo* também foi citada no inciso VIII do art. 10 e nos incisos I e II do art. 11 da Lei nº 4.595, de 1964, mas coube ao regime jurídico inaugurado com a Constituição de 1988 definir a forma e os limites do relacionamento do Banco Central do Brasil com a União, na linha de segregação de contas e de responsabilidades que já foi objeto de menção no tópico anterior. Nesse sentido, impõe-se observar os contornos contidos no art. 164 do texto constitucional, que proibiu empréstimos, diretos ou indiretos, do Banco Central do Brasil ao Tesouro, coibindo prática que fora usual no passado e acabava sendo responsável por contribuir para o descontrole na emissão da moeda, para o endividamento interno e externo e para o aumento da inflação:

Art. 164. [...]

§ 1º É vedado ao banco central conceder, direta ou indiretamente, empréstimos ao Tesouro Nacional e a qualquer órgão ou entidade que não seja instituição financeira.

§ 2º O banco central poderá comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros.

§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; [...].

A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, foi responsável por detalhar aspectos desse relacionamento e estipulou, ainda, outras obrigações e vedações destinadas a fazer valer a responsabilidade fiscal e a transparência nos gastos públicos, podendo ser destacados, nesse contexto, os arts. 7º, 28, 34 e 39, tendo sido editadas, também a esse respeito a Lei nº 10.179, de 6 de fevereiro de 2001, que “dispõe sobre os títulos da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional” (e trata das hipóteses em que o Banco Central do Brasil pode receber ou permutar esses títulos), e a Medida Provisória nº 2.179-36, de 24 de

²¹ Cf. redação em vigor, dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2002:

“Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.” (grifo ausente no original.)

agosto de 2001, que disciplina as “relações financeiras entre a União e o Banco Central do Brasil”.

Passando à outra parte do leque de atribuições típicas de bancos centrais, as funções de *bancos dos bancos*, *prestamista de última instância*²² e *supervisão das instituições financeiras* a cargo do Banco Central do Brasil estão evidenciadas nos incisos III a V, IX a XI e XIII do art. 10 e inciso VI do art. 11 da Lei nº 4.595, de 1964, sem prejuízo de outras disposições dessa lei, como os arts. 18, 30, 32, 33, 37 e 43 a 45, além de outras regras existentes em leis esparsas e nas resoluções do Conselho Monetário Nacional.

Quanto ao exercício da supervisão, as medidas saneadoras estão previstas na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, no Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e na Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997, que conferem ao Banco Central do Brasil autonomia decisória para sujeitar as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional aos regimes de liquidação, intervenção ou administração especial temporária, bem assim impor a adoção de providências visando a assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores.

As medidas prudenciais preventivas, por sua vez, consistem em “instrumento posto à disposição do Banco Central do Brasil com vistas a proteger o regular funcionamento das instituições financeiras e, em última análise, a higidez do Sistema Financeiro Nacional”²³, representando uma restrição de direito do administrado em favor do interesse público, sem, contudo, ostentar natureza punitiva, cujo maior exemplo está presente na Resolução nº 4.019, de 29 de setembro de 2011.

Já no que tange às medidas punitivas propriamente ditas, o já mencionado inciso IX do art. 10 da Lei nº 4.595, de 1964, autoriza o Banco Central do Brasil a aplicar as sanções cabíveis, que podem ser aquelas previstas no art. 44 dessa Lei ou outras admitidas em legislação específica, conforme o caso, em razão da apuração, em processo administrativo com respeito ao contraditório e à ampla defesa, de ilícito tipificado em lei ou em outra norma, conforme autorizado em lei, segundo

22 O exercício dessa função, atualmente, está limitado às operações de redesconto e empréstimo com prazo para pagamento em até 359 dias, salvo edição de lei específica que permita ao Banco Central do Brasil conceder linhas especiais de assistência financeira, tudo conforme art. 28 da Lei Complementar nº 101, de 2000. No passado, concedeu-se assistência financeira na forma de resoluções baixadas pelo Conselho Monetário Nacional, no âmbito, por exemplo, do Programa de Estímulo à Restruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (Proer), referenciado pelas Leis nº 9.710, de 19 de novembro de 1998, e nº 9.447, de 14 de março de 1997.

23 FERREIRA, op. cit., p. 12.

procedimentos fixados pelo Conselho Monetário Nacional, aplicando-se subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

3 BANCO DA ITÁLIA – RELACIONAMENTO COM O BANCO CENTRAL EUROPEU E COMPARAÇÃO COM O BANCO CENTRAL DO BRASIL

A experiência histórica mostra que os bancos centrais estão umbilicalmente ligados ao cuidado com a moeda nacional e a condução da política monetária. Assim, antes da adoção do Euro pela União Europeia, todas as nações do bloco concentravam em seus bancos centrais as funções próprias por ele reconhecidas como essenciais, não havendo dúvida de que cada banco central nacional era sua autoridade monetária máxima.

Com o Euro, formou-se na região uma união monetária, que consiste em “região em que a política monetária e cambial [...] é orientada de forma a que se atinjam objetivos econômicos comuns”²⁴, ficando o Banco Central Europeu responsável pela gestão da moeda única.

A disciplina desses agentes da política monetária europeia está em três principais instrumentos jurídicos: o Tratado sobre a União Europeia (TUE)²⁵, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)²⁶ e em um protocolo anexo (nº 4) relativo aos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu²⁷, revisados pelo Tratado de Lisboa, assinado em 2007 e em vigor desde 2009.

Segundo o Protocolo nº 4, o “Banco Central Europeu (adiante designado «BCE») e os bancos centrais nacionais [dentre eles o Banco da Itália] constituem o Sistema Europeu de Bancos Centrais (adiante designado «SEBC»)” e “o BCE e os bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda seja o euro constituem o Eurosistema” (art. 1º).

Estabeleceu-se, assim, um modelo jurídico de repartição de funções, algumas concorrentes, atribuídas ao próprio Sistema, e outras

24 ESTRELA; ORSI, op. cit., p. 216.

25 UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia (TUE). Versão consolidada. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:PT:PDF>>.

26 UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Versão consolidada. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PT:PDF>>.

27 UNIÃO EUROPEIA. Protocolo nº 4 relativo aos estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu. Obtido via internet. Disponível em: <http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/c_08320100330pt_ecb_statute.pdf>.

específicas do Banco Central Europeu ou dos bancos centrais nacionais. A esse respeito, Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa²⁸ explica:

Os bancos centrais nacionais são dotados de personalidade jurídica própria, enquanto isso não acontece com o sistema europeu de bancos centrais, o qual não é uma instituição, mas um *conjunto de regras*, noção importante, destinada a demonstrar para a comunidade os objetivos de união a serem buscados pelos participantes. (grifos presentes no original)

Já o Banco Central Europeu, conforme sintetiza Camila Villard Duran²⁹, é “uma instituição independente no exercício dos seus poderes e na gestão das suas finanças e tem personalidade jurídica própria (artigo 282, 3, TFUE)”, em cuja composição estão presentes todos os bancos centrais nacionais: o Conselho Executivo do Banco Central Europeu conta com o governador (presidente) de cada banco central.

O objetivo primordial do Sistema Europeu de Bancos Centrais é a manutenção da estabilidade dos preços (controle da inflação), por meio das seguintes atividades: “definição e execução da política monetária da União”; “realização de operações cambiais”; “detenção e gestão das reservas cambiais oficiais dos Estados-Membros”; “promoção do bom funcionamento dos sistemas de pagamentos” (art. 3º do Protocolo nº 4). Portanto, cabe ao Sistema, mediante compromisso tanto do Banco Central Europeu quanto dos bancos centrais nacionais, a formulação, a execução e o acompanhamento das *políticas monetárias e cambiais*. Complementa Camila Villard Duran³⁰:

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia determina, em seu artigo 3º(1c), que a UE [União Europeia] dispõe de competência exclusiva no domínio da política monetária para os Estados-membros que adotam a moeda única. Nesse sentido, somente a UE pode legislar nessa matéria e emitir atos normativos vinculantes, sendo que os Estados-membros somente podem promover ações no exercício do cumprimento de atos da União (artigo 2º, item 1, TFUE). A política cambial e a gestão de reservas monetárias, assim como do sistema de pagamentos, também são conduzidas pelo SEBC. O objetivo da estabilidade de preços, como prioritário à política monetária e como integrante da concepção de desenvolvimento da UE, aparece em

28 VERÇOSA, op. cit., p. 458.

29 DURAN, op. cit., p. 154. Para um aprofundamento sobre o histórico institucional do Banco Central Europeu, cf. também p. 143-158.

30 DURAN, op. cit., p. 158-159.

diversas passagens do texto normativo (artigo 3º, 3, TUE; artigos 119, 2; 127, 1; e 282, 2; TFUE; e artigo 2º, protocolo nº 4). O sistema federativo de bancos centrais deve apoiar a política econômica desenvolvida pela UE, sem prejuízo de seu objetivo principal.

[...]

O conselho do BCE é o principal órgão de formulação da política monetária do SEBC, sendo responsável por decisões sobre os objetivos intermediários dessa política, como a definição da taxa de juros, de reservas obrigatórias e do montante de emissão monetária (artigos 12.1 e 16, protocolo nº 4). Ele também é responsável pela tomada de decisões quanto à política cambial e à gestão do sistema de pagamentos. O conselho define os princípios gerais e as condições das operações de *open market* e de crédito, realizadas pelo BCE ou por bancos centrais nacionais (artigo 18.2, protocolo nº 4). Ele define a taxa de juros básica da zona euro para suas “principais operações de financiamento” (*main refinancing operations* – MRO), meta a ser atingida em operações compromissadas semanais conduzidas por bancos centrais nacionais membros da zona euro. A escolha dos títulos a serem negociados obedece a determinados critérios, definidos previamente pelo BCE.

Ao Banco Central Europeu foi atribuída a *exclusividade para autorização da emissão de cédulas de Euro* e para aprovação do volume de moedas metálicas de Euro a serem emitidas pelos bancos centrais nacionais. Ao Banco Central Europeu também se reserva o direito de responder a consultas sobre os atos da União Europeia no domínio de suas atribuições e a formular pareceres aos órgãos da comunidade ou às autoridades nacionais (art. 4º do Protocolo nº 4). Quanto ao mais, cabe àquela entidade *traçar as regras básicas para execução da política monetária*, que deverá ser implementada de *forma descentralizada* pelos bancos centrais nacionais³¹, os quais devem “actuar em conformidade com as orientações e instruções do BCE” (art. 14-3 do Protocolo nº 4).

Quanto às demais funções típicas de bancos centrais, as autoridades nacionais podem exercê-las, de acordo com o ordenamento pátrio, “salvo se o Conselho do BCE decidir, por maioria de dois terços dos votos expressos, que essas funções interferem com os objectivos e atribuições do SEBC” (art. 14-4 do Protocolo nº 4).

31 Cf., a propósito, ESTRELA; ORSI, op. cit., p. 226-227.

Contextualizado o panorama jurídico da União Europeia, pode-se analisar a situação específica do Banco da Itália, que, à luz das normas do direito comunitário, integra o Eurossistema e o Sistema Europeu de Bancos Centrais, participando diretamente da gestão e da tomada de decisões no âmbito do Banco Central Europeu.

O Banco da Itália foi criado em 1893, sendo elevado à condição de banco central por força do Decreto Real nº 1.067, de 11 de junho de 1936, atualmente constituído sob a forma de “instituto de direito público, com o seu capital dividido em quotas nominativas, dele participando exclusivamente caixas econômicas, instituições de crédito de direito público, bancos nacionais, sociedades anônimas de atividade bancária e institutos de previdência e de seguro”³². De pronto, já se nota relevante diferença em comparação com o Banco Central do Brasil, na medida em que este é uma autarquia federal, integrante, pois, da Administração Pública Indireta, não havendo falar em abertura de capital a participantes públicos ou privados.

Inicialmente, foi concebido para cuidar, com exclusividade, da emissão de moeda e da fiscalização bancária. Contudo, em relação à primeira dessas funções, o Banco da Itália não mais executa de forma independente³³ a *política monetária*, mas, de outro modo, como já bem sedimentado, “*concorre a formulare la politica monetaria per l’area dell’euro attraverso la partecipazione del Governatore al Consiglio direttivo della Banca centrale europea (BCE)*”, participando da união monetária do bloco comunitário “*in virtù dei principi di decentramento operativo e sussidiarietà stabiliti a livello europeo*”, tal como consta do próprio sítio da instituição na internet³⁴.

Entretanto, a atuação do Banco da Itália não se resume à busca pela estabilidade de preços conforme orientações gerais do Sistema Europeu de Bancos Centrais. Atua também como *banqueiro do governo*, executando, por exemplo, tarefas relacionadas à colocação e à recompra

32 VERÇOSA, op. cit., p. 307-308.

33 Ainda assim, a condução da política monetária pelo Banco da Itália mostra-se mais desprendida de eventuais influências governamentais, na medida em que suas ações se dão sob a orientação do Banco Central Europeu, entidade de reconhecida autonomia, e não sob a instrução do governo do país, ao passo que o Banco Central do Brasil, embora tenha atuado de forma materialmente autônoma nos últimos anos, está formalmente vinculado ao Poder Executivo e atua sob a coordenação do Conselho Monetário Nacional, que, por sua vez, edita normas “segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República” (art. 4º da Lei nº 4.595, de 1964).

34 Cf. <http://www.bancaditalia.it/banca_centrale/polmon>. Tradução livre: “ajuda a formular a política monetária para a zona do Euro, mediante participação de seu Governador no Conselho do Banco Central Europeu (BCE)” [...] “em virtude dos princípios da descentralização operacional e da subsidiariedade estabelecidos em nível europeu”.

de títulos da dívida pública e os serviços financeiros de débito e crédito respectivos. Segundo o art. 36 de seu Estatuto³⁵:

La Banca d'Italia esercita il servizio di tesoreria dello Stato secondo speciali convenzioni. Può disimpegnare altri servizi per conto dello Stato, alle condizioni stabilite dal Consiglio superiore.³⁶

Também à semelhança do que ocorre no Brasil, há restrições ao exercício da função de caixa do Tesouro, uma vez que o art. 123 do TFUE veda expressamente o financiamento do Estado pelos bancos centrais nacionais:

É proibida a concessão de créditos sob a forma de descobertos ou sob qualquer outra forma pelo Banco Central Europeu ou pelos bancos centrais nacionais dos Estados-Membros, adiante designados por «bancos centrais nacionais», em benefício de instituições, órgãos ou organismos da União, governos centrais, autoridades regionais, locais, ou outras autoridades públicas, outros organismos do sector público ou empresas públicas dos Estados-Membros, bem como a compra directa de títulos de dívida a essas entidades, pelo Banco Central Europeu ou pelos bancos centrais nacionais.

O Banco da Itália também funciona como *banco dos bancos*, sem descuidar de seu papel de colaborador com a execução da política monetária, e atua na *supervisão das instituições financeiras*. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa³⁷ traz exemplos dessas formas de atuação:

Diversas outras operações estão elencadas [...], notando-se suas funções [...] de responsável pela compensação de papéis.

[...]

Em última análise o banco volta as suas preocupações para os efeitos que advirão do [...] sistema de crédito, do qual é o último prestamista e que está permanentemente colocado sob sua vigilância.

[...]

35 BANCA D'ITALIA. Statuto della Banca d'Italia. 2006. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.bancaditalia.it/bancaditalia/funzgov/gov/statuto/statuto.pdf>>. Acesso em: 29.set.2012.

36 Tradução livre: "O Banco da Itália realiza serviços de tesouraria do Estado de acordo com convenções específicas. Pode desempenhar também outros serviços em favor do Estado, nas condições estabelecidas pelo Conselho Superior."

37 VERÇOSA, op. cit., p. 308-320.

O Banco da Itália tem se utilizados dos instrumentos tradicionais para o controle da moeda e do crédito, como sejam, redesconto, adiantamentos, operações de mercado aberto, reservas obrigatórias, etc. De maneira geral, a instituição tem procurado agir de maneira direta sobre a liquidez e indiretamente sobre as taxas de juros (Massera, cit., p. 305).

[...]

O Banco Central tem o dever constitucional de exercer vigilância sobre o sistema de crédito, de acordo com as deliberações emanadas do comitê interministerial para o crédito e a poupança, vindo a atuar por meio de intervenção preventiva, do controle de gestão e das operações, de intervenção substitutiva e de poderes repressivos preordenados (ibidem).

[...]

A atividade bancária está submetida à autorização prévia pelo Banco da Itália, que, além disto, estabelece regras sobre coeficientes de capital, concentração de riscos, participações de capital etc.

É possível notar, nesses exemplos, diversos pontos de contato com o ordenamento brasileiro, especialmente com os arts. 10 e 11 da Lei nº 4.595, de 1964, cujos principais dispositivos foram transcritos no tópico anterior, e sua regulamentação correlata. Com efeito, cabe ao Banco Central do Brasil autorizar a constituição e o funcionamento de instituições financeiras e disciplinar inúmeros aspectos de suas atividades, bem assim coordenar o sistema de pagamentos e os processos de compensação de ativos, conceder assistência financeira aos bancos e supervisionar suas operações.

Mas em um ponto o ordenamento italiano parece ter repertório mais extensivo que o brasileiro para o seu banco central. O art. 47 da Constituição da República Italiana tutela a poupança e o crédito nos seguintes termos:

La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.

Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.³⁸

³⁸ Tradução livre: "A República incentiva e protege a poupança em todas as suas formas; disciplina, coordena e controla os serviços de crédito. Promove o acesso à poupança popular para a casa própria, ao cultivo direto

Com base nesse dispositivo, o Banco da Itália exige que as instituições bancárias e demais intermediários financeiros sejam administrados de modo sólido, com pleno respeito às regras positivadas, e seguro, de modo que a busca por lucros não sujeite a risco excessivo o dinheiro que lhes foi confiado. Ademais, o Banco da Itália endereça suas ações de fiscalização na busca da estabilidade, eficiência e competitividade do sistema financeiro. Até esse ponto, não há diferença relevante em confronto com a legislação brasileira. Mas há, no Banco Itália, uma preocupação ampla com a relação entre instituições integrantes do sistema financeiro e seus clientes, conforme consta do próprio sítio eletrônico daquela instituição:

[Banca d'Italia] Tutela infine la trasparenza e la correttezza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari per rendere sempre migliori i rapporti con la clientela.

Per questo:

- emana la normativa tecnica e controlla che venga applicata
- verifica la sana e prudente gestione degli intermediari attraverso l'esame di documentazione e ispezioni presso i loro uffici
- sanziona i comportamenti scorretti e poco trasparenti nei confronti della clientela.

La Banca d'Italia, inoltre, promuove iniziative per lo sviluppo della cultura finanziaria a favore dei cittadini per renderli più consapevoli delle loro scelte finanziarie.³⁹

É fato que o Banco Central do Brasil tem proposto ao Conselho Monetário Nacional ou mesmo editado normas, quando em sua esfera

na propriedade e ao investimento direto e indireto em ações de grandes complexos de produção do País.”

39 Tradução livre: “O Banco da Itália tutela, ainda, a transparência e a lealdade das operações e dos serviços bancários e financeiros, com vistas a melhorar continuamente o relacionamento das instituições com seus clientes. Para tanto:

- emite os regulamentos técnicos e fiscaliza sua aplicação;
- verifica a gestão sólida e segura dos intermediários por meio do exame de documentos e de inspeção dos estabelecimentos;
- aplica sanções em razão de condutas irregulares a pouco transparentes no relacionamento das instituições com seus clientes.

O Banco da Itália também promove iniciativas para o desenvolvimento da educação financeira dos cidadãos, para subsidiá-los em suas escolhas financeiras.”

de competências, que visam atribuir maior transparência aos serviços financeiros⁴⁰, bem como tem atuado para promover a educação financeira do cidadão⁴¹, contudo, não pode a Autarquia se imiscuir na relação de consumo firmada entre instituição e cliente bancário, por ausência de competência legal na matéria. Vale lembrar, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 2591/DF, ser aplicável aos bancos o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), e que o Banco Central do Brasil não integra o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) de que trata o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997.

4 CONCLUSÃO

A regulação bancária, a condução da política monetária e a supervisão de instituições financeiras são aspectos em evidência no atual cenário econômico mundial e exigem cada vez mais do operador do Direito, dada a relevância desse conhecimento jurídico para instruir ações voltadas à higidez e à estabilidade do sistema financeiro.

Essencial nesse contexto legal é a atuação dos bancos centrais, instituições presentes em praticamente todas as economias do mundo, dotadas de competências e instrumentos variados para defender a moeda, elemento imprescindível nas relações sociais, importando, por isso, estudar as formas de atuação desses agentes de elevada estatura nos ordenamentos de cada país.

Considerando que a comparação jurídica é, senão uma ciência própria do Direito, uma ferramenta útil para melhor compreensão dos institutos comuns e das regras específicas, permitindo, inclusive, melhor relacionamento internacional entre os países e desenvolvimento interno,

40 Em palestra proferida em Seminário de Direito Bancário promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil destacou alguns exemplos:

- Transparência e clareza nas relações contratuais entre instituição financeira e cliente (Resolução nº 3.694, de 2009);
- Obrigatoriedade do fornecimento de pacote básico de serviços (Resolução nº 3.919, de 2010);
- Conta simplificada (Resolução nº 3.211, de 2004);
- Obrigatoriedade de divulgação do custo efetivo total das operações de crédito (Resolução nº 3.517, de 2007);
- Disciplina da cobrança de tarifas pelas instituições financeiras (Resolução nº 3.919, de 2010).

Cf. FERREIRA, Isaac Sidney Menezes. *Evolução da Regulação Bancária no Brasil*. Palestra de abertura do Seminário de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Distrito Federal (OAB-DF). Brasília, 23 de agosto de 2012 (2012-b). Obtido via internet. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresentacao_Isaac_Sidney_Seminarior_Direito_Bancario.pdf>. Acesso em 29.set.2012.

41 Basta ver, por exemplo, o Programa Educação Financeira, disponível no sítio do Banco Central do Brasil. Cf. no endereço <<http://www.bcb.gov.br/?PEF-BC>>.

buscou-se oferecer um breve trabalho sobre as funções essenciais dos bancos centrais em todo mundo, com delineamento das principais atribuições de três autoridades monetárias de grandes economias mundiais, o Banco Central do Brasil, o Banco Central Europeu e o Banco da Itália. Certamente existem diferenças não realçadas e semelhanças para além daquelas citadas no texto, mas a comparação jurídica é um exercício que não necessariamente tem fim.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANCA D'ITALIA. *Statuto della Banca d'Italia*. 2006. Disponível em: <<http://www.bancaditalia.it/bancaditalia/funzgov/gov/statuto/statuto.pdf>>. Acesso em: 29.set.2012.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS). Statutes. Disponível em: <<http://www.bis.org/about/statutes-en.pdf>>. Acesso em: 29.set.2012.

BRITANNICA ENCYCLOPEDIA. Central bank. 2012. Disponível em: <<http://www.britannica.com/EBchecked/topic/102342/central-bank>>. Acesso em: 29. set. 2012.

DURAN, Camila Villard. *A moldura jurídica da política monetária: um estudo de caso*. 2012. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ESTRELA, Marco Antônio. *O Banco Central do Brasil e suas funções*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestras/palestra_sobre_origem_e_funcoes_do_BCB_2009.pdf>. Acesso em 29.set.2012.

ESTRELA, Marco Antônio; ORSI, Ricardo Vieira. *Moeda, sistema financeiro e banco central: uma abordagem prática e teórica sobre o funcionamento de uma autoridade monetária no mundo e no Brasil*. Curso de formação de Procuradores do Banco Central do Brasil. Brasília: Cespe/UnB, 2010.

FERREIRA, Isaac Sidney Menezes. *Aspectos materiais e procedimentais da atuação prudencial preventiva do Banco Central: Resolução nº 4.019, de 29 de*

setembro de 2011. Palestra de abertura do 9º Congresso Febraban de Direito Bancário. São Paulo, 17 de maio de 2012 (2012-a). Disponível em: <<http://www.febraban.org.br/7Rof7SWg6qmyvwJcFwF7I0aSDf9jyV/sitefebraban/Isaac%20Sidney%20-autorizado%20para%20site.pdf>>. Acesso em 29.set.2012.

_____. *Evolução da Regulação Bancária no Brasil*. Palestra de abertura do Seminário de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Distrito Federal (OAB-DF). Brasília, 23 de agosto de 2012 (2012-b). Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Apresentacao_Isaac_Sidney_Seminario_Direito_Bancario.pdf>. Acesso em 29.set.2012.

LENER, Raffaele (coord.). *Diritto del mercato finanziario* – Saggi. Torino: Utet Giuridica, 2011.

MEIRELLES, Anthero de Moraes. *Apresentação na Comissão de Fiscalização Financeira e Controle (CFFC) da Câmara dos Deputados em 14 de dezembro de 2011*. Obtido via internet. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/appron/apres/Anthero_Meirelles_Apresenta%E7%E3o_Panamericano_CamDep_14_12_2011.pdf>. Acesso em 29.set.2012.

O'SULLIVAN, Arthur; SHEFFRIN, Steven M. *Economics: Principles in action*. 2003. Upper Saddle River, New Jersey 07458: Pearson Prentice Hall.

ROMAN, Flávio José. A Função Regulamentar da Administração Pública e a Regulação do Sistema Financeiro Nacional. In: JANTALIA, Fabiano (org.). *A Regulação Jurídica do Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TURCZYN, Sidnei. *O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária*. São Paulo: RT, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado da União Europeia (TUE)*. Versão consolidada. Obtido via internet. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:PT:PDF>>. Acesso em: 29.set.2012.

_____. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)*. Versão consolidada. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:PT:PDF>>. Acesso em: 29.set.2012.

_____. *Protocolo nº 4 relativo aos estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu*. Disponível em: <http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/c_08320100330pt_ecb_statute.pdf>. Acesso em: 29.set.2012.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Bancos Centrais no Direito Comparado* – O Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil (o regime vigente e as propostas de reformulação). São Paulo: Malheiros, 2005.

TRIBUNAIS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO
AOS DIREITOS HUMANOS. TRIBUNAL
EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*COURTS OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS PROTECTION.
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE INTER-AMERICAN
COURT OF HUMAN RIGHTS*

*Marcelo Cavaletti de Souza Cruz
Procurador Federal em São Paulo Coordenador de Matéria Finalística junto à
Procuradoria Regional Federal da 3ª Região*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos do Homem; 2 A Convenção Americana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos; 3 Conclusões; Referências

RESUMO: O presente artigo busca apresentar linhas gerais sobre o papel dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos, com fundamento nos principais sistemas de proteção aos direitos humanos. Busca-se analisar os principais aspectos do processo perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com ênfase em suas semelhanças e diferenças.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article aims to provide general guidelines on the role of International Courts of Human Rights, based in major systems of human rights protection. The aim is to analyze the main aspects of the case before the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, with emphasis on their similarities and differences.

KEYWORDS: Human Rights. International Courts of Human Rights.

INTRODUÇÃO

“Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança”

O texto acima é o primeiro registro histórico do nascimento dos direitos humanos na história da humanidade. Foi previsto na Declaração dos Direitos da Virgínia de 12 de junho de 1776, escrita por George Mason e proclamada pela Convenção da Virgínia.

A Declaração dos Direitos da Virgínia é uma Declaração de Direitos que se insere no contexto da luta pela Independência dos Estados Unidos da América e em seu art. 1º, acima transcrito, são materializados os valores que passaram a construir os direitos humanos.

Lembra, no entanto Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹, que a doutrina dos direitos do Homem não nasceu no século XVIII, mas no fundo, nada mais é do que uma versão da doutrina do direito natural que já despontava na Antiguidade.

A internacionalização dos direitos humanos se intensificou com o fim da 2ª Guerra Mundial. É certo que este processo de internacionalização iniciou-se em meados do século XIX com a Convenção de Genebra de 1864, que buscava proteger ou amenizar o sofrimento dos soldados prisioneiros, doentes e feridos, bem como das populações civis atingidas por conflitos bélicos.

No entanto, a humanidade, diante dos horrores da 2ª Grande Guerra, se viu compelida, mais do que em qualquer outro momento histórico, a reconhecer a importância e primazia do valor da dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Internacional sobre a prevenção e a repressão do crime de genocídio, aprovada um dia antes, revelaram-se importantes marcos propulsores da evolução e internacionalização dos direitos humanos.

1 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 9.

Flávio Croce Caetano² esclarece que a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabeleceu um novo paradigma axiológico a ser observado: a significação e a proteção aos direitos humanos.

Dissemos no comentário ao art. XXIX da Declaração Universal de Direitos do Homem³, que não devemos deixar de ter em mente que a declaração é uma carta de direitos, e, como tal, reconhece os direitos universais do homem e os declara perante a comunidade internacional, cabendo aos Estados adotarem políticas públicas visando à sua afirmação e efetividade perante sua população interna, em comunhão com aquela comunidade internacional.

Ensina Fábio Konder Comparato⁴, que:

É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.

Os direitos humanos podem ser protegidos por lei no âmbito interno de cada país ou na esfera jurídica internacional. A proteção internacional pode ocorrer de forma global ou regionalizada.

O sistema global, no qual tem como figura principal a Organização das Nações Unidas (ONU), é potencialmente aplicável a qualquer pessoa. É certo, no entanto, que o sistema global possui menos eficácia do que os sistemas regionais.

Hoje, contamos com três sistemas regionais: o Europeu, o Americano e o Africano, sendo o primeiro e o segundo objeto do presente trabalho.

Portanto, se não há proteção aos direitos humanos no âmbito interno, aplica-se subsidiariamente o sistema internacional de direitos humanos, seja pela sua forma global ou regional.

Os três sistemas regionais de direitos humanos acima mencionados fazem parte de sistemas de integração regional com uma atribuição bem mais ampla do que apenas a proteção aos direitos humanos. Na Europa, a organização matriz, é o Conselho da Europa (CE), nas Américas é a

² CAETANO, Flávio Croce Caetano. *Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 19.

³ CRUZ, Marcelo Cavaletti de Souza Cruz. *Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 177.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59.

Organização dos Estados Americanos (OEA) e, na África, é a União Africana (UA).

1 A CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS E A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS DO HOMEM

A Convenção Europeia de Direitos Humanos constitui-se de um tratado internacional pelo qual os Estados membros do Conselho da Europa buscaram garantir os direitos fundamentais, civis e políticos, não apenas a seus nacionais, mas a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição. Celebrado em 4 de novembro de 1950 em Roma, entrou em vigor em 1953.

A Convenção promove a garantia em especial do direito à vida, do direito a um processo justo, direito ao respeito à vida privada e familiar, à liberdade de expressão, à liberdade de pensamento, consciência e religião e, o direito de propriedade.

Não obstante tais proteções asseguradas, a Convenção proíbe, dentre outras condutas, a tortura e as penas desumanas ou degradantes, a escravidão e os trabalhos forçados, a pena de morte, a prisão arbitrária ou ilegal e as discriminações resultantes dos direitos e liberdade reconhecidos pela Convenção.

Tais proibições tem caráter absoluto, pertencendo ao denominado “núcleo duro” dos direitos humanos, que não pode ser objeto de restrição, limitação ou reserva por parte dos Estados nacionais.

Uma das mais importantes contribuições da Convenção Europeia para a proteção da pessoa humana foi, de um lado, a instituição de órgãos incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos nela declarados e julgar as suas eventuais violações pelos Estados signatários; de outro, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional, no que tange à proteção dos direitos humanos.

Lembra Fabio Konder Comparato⁵ que:

a existência de órgãos externos, incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos humanos e julgar as suas eventuais violações, dentro de cada Estado, é uma questão crucial para o progresso do sistema internacional de proteção da pessoa humana. Os Estados continuam a defender zelosamente sua soberania e a rejeitar toda e qualquer interferência externa em assuntos que consideram de sua exclusiva jurisdição. A própria Carta das Nações Unidas, de resto,

⁵ COMPARATO, op. cit., p. 266.

declara a não-ingerência em assuntos internos de cada Estado como um dos seus princípios fundamentais (art. 2º, alínea 7).

Em sua redação original, a Convenção previa a existência de um órgão intermediário entre a vítima e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – a Comissão de Direitos Humanos – encarregada de fazer a triagem das denúncias formuladas, de investigar os fatos e manifestar sua opinião sobre a ocorrência ou não de violações de direitos.

No entanto, o Protocolo nº 11 à Convenção, de 11 de maio de 1994, extinguiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos, transferindo grande parte de suas atribuições diretamente ao Tribunal. Portanto, por meio desse Protocolo, a vítima pode apresentar sua representação diretamente ao Tribunal que, agora, está incumbido de fazer o juízo de admissibilidade quanto aos fatos apresentados pela vítima.

A Corte Europeia de Direitos Humanos foi criada em 1959 pela Convenção Europeia de Direitos Humanos e tem sede em Strasbourg, França. É órgão com competência jurisdicional, responsável pelo julgamento dos casos que envolvem violação dos direitos salvaguardados na Convenção. Sua competência possibilita conhecer de demandas individuais ou estatais.

Suas decisões têm caráter vinculante para os Estados submetidos à sua jurisdição.

Desde 1998 o Tribunal opera de forma permanente e os particulares podem dirigir-se a ele diretamente.

Em seus quase cinquenta anos de existência o Tribunal proferiu mais de 10.000 sentenças. Em razão da natureza vinculante de suas decisões, estas sentenças são obrigatórias para os Estados envolvidos e tem conduzido à modificação de sua legislação interna e mudanças nas práticas administrativas.

Com efeito, a jurisprudência do Tribunal garantiu que a Convenção de Direitos Humanos se tornasse um instrumento dinâmico e poderoso para enfrentar os novos desafios de uma sociedade em constante transformação e consolidar o Estado de Direito e democracia na Europa. Suas decisões acabam, por fim, influenciando a evolução e aplicação dos direitos humanos em todo o mundo.

O Tribunal possui além da competência jurisdicional, competência consultiva.

No exercício de sua competência consultiva, o Tribunal, a pedido do Comitê de Ministros, pode emitir pareceres sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção e dos seus protocolos.

Tais pareceres não podem incidir sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no título I da Convenção Europeia de Direitos Humanos e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas ao Tribunal ou ao Comitê de Ministros.

No entanto, cabe esclarecer que quanto à sua competência consultiva, o Tribunal decidirá se o pedido de parecer apresentado pelo Comitê de Ministros cabe na sua competência consultiva.

Por seu lado, a jurisdição contenciosa do Tribunal inicia-se com a apresentação de queixa. Qualquer Estado contratante (queixa estatal) ou qualquer particular que se considere vítima de uma violação da Convenção (queixa individual) pode dirigir diretamente ao Tribunal de Strasbourg uma queixa alegando a violação por um Estado contratante de um dos direitos garantidos pela Convenção.

O processo no Tribunal é contraditório e público. As audiências são públicas, salvo se a Seção ou o Tribunal Pleno decidirem de maneira diferente em virtude de circunstâncias excepcionais do caso. As alegações e outros documentos depositados no secretariado do Tribunal pelas partes são de livre consulta pública.

Os requerentes individuais podem apresentar as suas próprias queixas, mas a representação por advogado é aconselhada, e mesmo obrigatória para as audiências ou depois da queixa ser declarada admissível. O Conselho da Europa criou um sistema de assistência judiciária para os queixosos sem recursos suficientes.

Para o exame dos assuntos que lhe sejam submetidos, o Tribunal funcionará por meio de juízes singulares, em Comitês compostos por 3 juízes, em Seções compostas por 7 juízes e em Tribunal Pleno composto por 17 juízes. As Seções do Tribunal constituem os Comitês por período determinado.

Recebida a queixa, é feito seu juízo de admissibilidade. Nesta fase, um juiz singular pode declarar uma queixa inadmissível ou arquivá-la quando esta decisão puder ser adotada sem exame complementar. Esta decisão é definitiva. Se o juiz singular não declarar esta queixa inadmissível ou não a arquivar, transmite-a a um Comitê ou a uma Seção para exame complementar.

O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

O prévio esgotamento dos meios internos para a solução do conflito, é requisito essencial à admissibilidade da queixa, que deve ser

apresentada em um prazo de seis meses sob pena de reconhecimento da decadência.

O Tribunal não conhecerá de queixas anônimas, bem como as que, quanto à matéria de mérito, forem idênticas a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver fatos novos.

Portanto, constatando a coisa julgada internacional ou ainda a litispendência internacional, o Tribunal declarará a inadmissibilidade da queixa.

A litispendência e a coisa julgada são analisadas não apenas quanto à processos em curso perante o próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mas também em relação a outros Tribunais Internacionais de proteção aos direitos humanos.

A Convenção excepciona a regra da litispendência e coisa julgada, quando a queixa apresentar fatos novos, que poderão levar à admissão da demanda perante o Tribunal.

Por seu lado, um Comitê que tenha recebido a queixa pode declará-la inadmissível ou arquivá-la se esta decisão puder ser adotada sem exame complementar.

Existe também a possibilidade de julgamento antecipado da lide pelo Comitê, nas hipóteses em que se deparar com um caso simples ou existir jurisprudência firmada do Tribunal a respeito da matéria discutida.

Não existindo decisão anterior sobre a admissibilidade, a Seção decide sobre a admissibilidade e o mérito das queixas, podendo cindir a apreciação da questão de mérito da questão de admissibilidade. A Seção pode remeter o caso para a Grande Câmara, sempre que uma questão importante de interpretação da Convenção esteja colocada.

Quando a Seção decide admitir uma queixa, pode facultar às partes a apresentação de provas suplementares e observações por escrito, incluindo, no que diz respeito ao queixoso, um eventual pedido de “reparação razoável” e a participar numa audiência pública sobre o mérito do caso.

O presidente da Seção pode, no interesse da boa administração da justiça, convidar ou autorizar qualquer Estado contratante que não seja parte no processo, ou qualquer outra pessoa interessada que não o queixoso, a apresentar observações escritas ou, em circunstâncias excepcionais, a participar numa audiência. Um Estado contratante do qual o queixoso seja nacional tem o direito a intervir no processo.

Esta figura da intervenção de terceiros é interessante e busca conferir um maior grau de efetividade à proteção dos direitos humanos.

A intervenção de terceiros não é prevista no processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Uma das finalidades do processo perante o Tribunal, é a busca pela solução pacífica de conflitos.

Durante o processo relativo ao mérito, podem existir negociações, conduzidas por intermédio do secretário, tendo em vista a conciliação das partes. Estas negociações são confidenciais.

A atuação do Tribunal deve se pautar por um viés conciliatório, como determina o art. 39 da Convenção, que vaticina que o Tribunal poderá, em qualquer momento do processo, colocar-se à disposição dos interessados com o objetivo de se alcançar uma resolução amigável do assunto, inspirada no respeito pelos direitos do homem como tais reconhecidos pela Convenção e pelos seus Protocolos.

Encerrada a fase de instrução e conciliação, passa-se à fase de julgamento.

As seções decidem por maioria. Qualquer juiz que tenha participado no exame do caso, pode juntar ao acórdão um voto em separado - concordante ou dissidente - ou uma simples declaração de desacordo.

No prazo de três meses a contar da data de prolação do acórdão de uma seção, as partes podem pedir que o caso seja enviado ao Tribunal Pleno, caso estejam em causa questões graves relativas à interpretação ou à aplicação da Convenção ou dos seus Protocolos, ou uma questão grave de caráter geral. Estes pedidos são examinados por um colegiado de cinco juízes do Tribunal Pleno, composto pelo presidente do Tribunal, pelos presidentes de câmara, com exceção do presidente da câmara à qual pertence a Seção que proferiu o acórdão, e por um outro juiz, escolhido, através de um sistema de sorteio, entre os juízes que não participaram nas deliberações da Seção que proferiu o acórdão.

O acórdão da seção torna-se definitivo no prazo de três meses a contar da data da sua prolação, ou antes disso, se as partes declararem não ser sua intenção solicitar a devolução do caso ao Tribunal Pleno ou, enfim, se o colegiado de cinco juízes rejeita o pedido de devolução.

Se o colegiado aceita o pedido de devolução, incumbe ao Tribunal Pleno decidir o caso, por maioria, mediante um acórdão definitivo.

Os acórdãos definitivos do Tribunal são *vinculativos* para os Estados requeridos em causa.

O Comitê de Ministros do Conselho da Europa é responsável pela vigilância da execução dos acórdãos. Incumbe-lhe assim verificar se os Estados, relativamente aos quais foi dito pelo Tribunal terem violado a

Convenção, tomaram as medidas necessárias para se conformarem às obrigações específicas ou gerais que resultam dos acórdãos do Tribunal.

Deve ser observado que se Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos, a questão da reparação dos danos sofridos somente será quantificada pelo Tribunal, se o direito interno do Estado-réu não possibilitar, de forma efetiva, a reparação da violação aos direitos humanos.

Caso o direito interno do Estado-réu possibilitar meios jurídicos que levem à reparação integral dos danos, o Tribunal Europeu deixa de se manifestar sobre o *quantum debeat* da indenização devida.

Sempre que o Comitê de Ministros considerar que a supervisão da execução de uma sentença definitiva está sendo sofrendo obstáculos em razão de uma dificuldade de interpretação dessa sentença, poderá dar conhecimento ao Tribunal a fim que o mesmo se pronuncie sobre essa questão de interpretação.

Não obstante isso, sempre que o Comitê de Ministros considerar que o Estado-réu se recusa a respeitar uma sentença definitiva num litígio, poderá, após notificá-lo, e por decisão tomada por maioria de dois terços dos seus membros titulares, submeter à apreciação do Tribunal a questão sobre o cumprimento, pelo Estado-réu, da sua obrigação de respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que for parte.

Se o Tribunal constatar que houve violação do dever de respeitar as sentenças definitivas, devolverá o assunto ao Comitê de Ministros, que decidirá quais medidas que serão adotadas contra o Estado-réu inadimplente.

Percebe-se que o processo de fiscalização do efetivo cumprimento da sentença definitiva é de competência exclusiva do Comitê de Ministros.

Resta-nos, então, a análise do sistema interamericano de direitos humanos.

2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, reproduz a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.

No mesmo documento, foram previstos órgãos com competência para supervisionar o cumprimento de suas disposições e julgar os litígios referentes aos direitos humanos declarados. O modelo adotado tem clara inspiração na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

Com efeito, foi criado além de uma Comissão encarregada de investigar fatos de violação de suas normas, um Tribunal com poderes especiais para julgar os litígios decorrentes de tais violações, qual seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição, no entanto, só é obrigatória para os Estados-Parte que a aceitem expressamente.

É verdade que o modelo europeu sofreu alteração recente, conforme mencionado alhures, pois o Protocolo nº 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 11 de maio de 1994, extinguiu a Comissão e atribuiu sua competência ao Tribunal Europeu de Direitos do Homem. Pelo mesmo Protocolo, todos os Estados-Membros foram vinculados à jurisdição do Tribunal.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é uma das entidades do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos nas Américas. Tem sua sede em Washington. O outro órgão é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José, Costa Rica.

A Comissão é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo mandato surge com a Carta da OEA e com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, representando todos os países membros da OEA. Está integrada por sete membros independentes que atuam de forma pessoal, os quais não representam nenhum país em particular, sendo eleitos pela Assembleia Geral.

Em abril de 1948, a OEA aprovou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, em Bogotá, Colômbia, sendo considerado o primeiro documento internacional de direitos humanos de caráter geral.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959, reunindo-se pela primeira vez em 1960, e tem por finalidade precípua a promoção dos direitos humanos proclamados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, conforme dispõe o art. 1º do Estatuto da Comissão.

Segundo o artigo 41 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

- a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;

- b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
- c) preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e) atender às consultas que, por meio da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes o assessoramento que lhes solicitarem;
- f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção; e
- g) apresentar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

O procedimento perante a Comissão de apuração da responsabilidade internacional do Estado por violação depende do prévio esgotamento das vias internas, previsto no ordenamento jurídico nacional.

Tal procedimento, garante ao Estado demandado o exercício do direito ao contraditório e ampla defesa, sendo certo que a Comissão poderá, ainda, requisitar aos Estados informações sobre todas as medidas que adotaram quanto ao caso concreto, visando o prévio esclarecimento dos fatos, bem como oportunizar que as violações aos direitos humanos sejam corrigidas sem a instauração do procedimento. Tal procedimento é semelhante ao adotado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Segundo os arts. 35 e 41 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos

representa todos os membros que ratificaram a Convenção e possui a função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos proclamados e reconhecidos pelos Estados. Em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão pode processar petições individuais e interestatais contendo alegações de violações de direitos humanos.

O procedimento individual é considerado de adesão obrigatória pelos Estados e o interestatal é facultativo.

Quanto à esse aspecto existe uma diferença com o disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, na qual a adesão dos Estados ao sistema de petição pelo cidadão de forma individual é facultativo e o sistema de petição interestatal é obrigatório.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, nesse aspecto, foi mais garantista em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos, uma vez que além de tornar cláusula de adesão obrigatória quanto ao sistema de peticionamento individual, garante que não apenas a vítima, mas qualquer pessoa poderá peticionar (apresentar queixa) à Comissão alegando violação de direitos humanos de terceiros.

Com efeito, conforme vaticina o art. 44 da Convenção, admite-se a legitimidade de denúncias formuladas à Comissão por “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização”, sem exigir que o Estado, apontado como responsável, haja previamente reconhecido a competência investigativa da Comissão, tal como Estatuído na Convenção Europeia.

É interessante ressaltar que o art. 45. 1º, distanciando-se das normas adotadas pela Convenção Europeia e utilizando-se das fórmulas empregadas no Pacto de Direitos Humanos de 1966, submete à prévia exigência do reconhecimento da competência da Comissão o exame, por esta, de “comunicações em que um Estado-Parte alegue haver outro Estado-parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção”.

Encerrada esta fase preliminar, a Comissão buscará esclarecer se houve efetivamente a alegada violação aos direitos humanos.

Ao final do procedimento, elaborará relatório conclusivo sobre a violação ou não aos direitos humanos, podendo ainda, recomendar condutas ao Estado no sentido de sanar as violações ou prevenir que outras ocorram.

Caso o Estado insista na omissão, a Comissão poderá propor ação de responsabilidade internacional por violação de direitos humanos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Portanto essa é a chamada fase de admissibilidade na qual a Comissão recebe a petição escrita, sendo certo que a petição deverá conter todos os fatos capazes de comprovar a ocorrência de violação de direitos humanos.

O juízo de admissibilidade da petição será analisado pela Comissão tendo em vista os seguintes elementos: o esgotamento dos recursos locais; ausência do decurso do prazo de seis meses para a representação, ausência de litispendência internacional e ausência de coisa julgada internacional.

É claro, que se a omissão do Estado é tal que impossibilite o esgotamento das vias internas, seja pela extrema morosidade, seja pela ausência de qualquer pronunciamento oficial sobre a questão, a exigência do esgotamento dos recursos locais deve ser flexibilizada, sob pena de a regra criar obstáculo no qual justamente se pretende combater.

O requisito de representação no prazo de seis meses é contado da decisão definitiva pelo ordenamento interno do Estado. Portanto, em caso de inércia de pronunciamento pelo Estado no âmbito interno, a contagem do prazo ainda não se inicia.

As regras que impedem a representação diante de litispendência internacional, ou seja, quando outra Corte de Direitos Humanos já está processando o feito, ou coisa julgada internacional, visam garantir o valor de segurança jurídica.

Cabe, no entanto, fazer a ressalva de que a coisa julgada ocorre quando o mesmo fato violador dos direitos humanos tiver sido apreciado em definitivo por outro Tribunal de Direitos Humanos.

Encerrada a fase de admissibilidade, passa-se à fase de conciliação, pela qual se busca a solução amigável do conflito.

Com efeito, o art. 48, "f" da Convenção Americana de Direitos Humanos impõe que a Comissão tente estabelecer uma solução amigável do litígio e caso o consenso seja alcançado, a Comissão deverá elaborar relatório, contendo os fatos e o acordo celebrado, sendo o mesmo remetido ao representante, aos Estados e também ao Secretário-Geral da OEA.

Celebrado o acordo, compete à Comissão acompanhar e fiscalizar seu cumprimento de forma a não persistirem quaisquer violações aos direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

No entanto, caso não se seja possível a conciliação, a Comissão redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido

relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados.

O relatório será encaminhado aos Estados interessados, podendo a Comissão formular as proposições e recomendações que julgar adequadas, de forma a garantir a aplicação das normas de direitos humanos.

Ensina Andre de Carvalho Ramos⁶ que “caso a Comissão delibere pela ausência de violação de direitos humanos protegidos, o requerente não tem recurso disponível, mesmo quando a decisão favorável ao Estado não tenha sido unânime”.

Portanto, como no sistema interamericano não é possível ao representante dirigir-se diretamente ao Tribunal, nas hipóteses em que a representação não é conhecida, a decisão é considerada definitiva e assim, nesta hipótese, a Comissão passa a ser o último intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Tal situação, não se verifica no sistema europeu, tendo em vista a supressão da figura da Comissão, o que tornou o representante como legitimado para pleitear diretamente à Corte Europeia de Direitos Humanos.

Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do primeiro relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá elaborar um segundo relatório, pelo qual poderá emitir sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração. Nesse relatório, a Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada.

Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

Portanto, o momento procedimental que a Comissão decide se submete o caso à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ocorre após o primeiro relatório e antes do segundo relatório, que não será elaborado, caso o processo seja aceito pelo Corte.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, que lhe seja submetida, desde que os Estados-partes, no caso concreto, tenham reconhecido ou reconheçam a competência da Corte para apreciação da matéria.

6 RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, p. 80, 2001.

Como segundo órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte é uma instituição judicial autônoma e, ao contrário da Comissão, não é órgão da Organização dos Estados Americanos, mas apenas da Convenção.

Segundo o art. 61.1 da Convenção, somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte não sendo admitida a participação ativa da vítima ou representante. No entanto, o Regulamento da Corte permite que na fase de reparação dos danos sofridos, os representantes da vítima ou seus familiares poderão, autonomamente, apresentar seus próprios argumentos e provas de forma a definir o *quantum debeatur*.

Esse aspecto é visivelmente diferente do procedimento perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, cujo papel do queixoso é admitido em todas as fases do processo.

Além dessa competência jurisdicional, a Corte também possui competência consultiva sobre a aplicação de normas de direitos humanos.

Com efeito, dispõe o art. 64 que os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

A Corte poderá ainda, emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

A jurisdição contenciosa da Corte inicia-se com a propositura de ação pela Comissão, caso o estado tenha reconhecido a jurisdição da Corte, sendo certo que o Presidente da Corte fará um juízo de admissibilidade preliminar do caso, e se decidir pelo processamento da ação, mandará citar o Estado acusado de violar os direitos humanos e a Comissão, caso esta não seja autora, na condição de *custos legis*. Esta última situação ocorre quando a demanda é apresentada por outro Estado membro, que busca reprimir a violação de direitos humanos pelo Estado-réu.

Como ocorre no direito processual civil pátrio, é possível a arguição de preliminares e objeções, que após apreciadas e, caso não acolhidas, darão ensejo à fase de conciliação, se os interesses discutidos forem disponíveis.

Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Superada a fase de conciliação inicia-se a fase probatória, na qual o Estado-réu apresenta suas alegações e são colhidas as provas.

A Corte possui papel ativo na produção de provas, não se limitando à produção das provas requeridas na inicial e na defesa, podendo produzir em qualquer fase da causa, provas que considere útil à demonstração da verdade.

Depois de encerrada a fase probatória, a Corte passará a deliberar sobre a ocorrência ou não da violação aos direitos humanos.

Caso ocorra a necessidade de fixação de reparações de cunho civil à vítima ou seus familiares, a sentença disporá sobre o valor da indenização.

É possível ainda que a sentença deixe a fase de reparação para um momento posterior, privilegiando a composição amigável entre o Estado e a Comissão.

Nesse aspecto é interessante fazer um paralelo com a Corte Europeia de Direitos Humanos. No sistema da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a fixação de uma indenização de caráter pecuniário pela Corte somente é possível quando o Direito interno não possibilitar a recomposição integral dos danos sofridos.

Ao contrário, no sistema interamericano, os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

A sentença da Corte será definitiva e não sujeita a recurso. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte promoverá a interpretação a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença.

Assim, quanto à questão do ressarcimento, o Estado-réu não poderá alegar impedimento interno de seu ordenamento jurídico que obstaculize a recomposição integral dos danos, ao contrário do que pode ocorrer no sistema europeu.

3 CONCLUSÕES

Os tribunais internacionais de direitos humanos visam dar concretude à aplicação das normas internacionais de direitos humanos, notadamente àquelas afirmadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelas Convenções Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.

Em que pese as diferenças de procedimentos encontradas no processo perante a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte interamericana de Direitos Humanos ambas possuem mecanismos eficientes de proteção aos direitos humanos.

Percebe-se pela análise das duas Convenções de Direitos Humanos, objeto do presente trabalho, que o Tribunal Europeu é mais garantista, sob o ponto de vista do acesso à Justiça, pois permite que a vítima apresente sua queixa diretamente ao Tribunal, enquanto que no sistema interamericano, somente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pode atuar perante a Corte, representando a vítima.

Sob o aspecto da reparação civil, ao revés, a Corte Interamericana possui papel mais proativo, por possuir competência plena para a fixação da reparação tendente a recompor os danos.

Mas a principal similitude entre os dois tribunais de direitos humanos analisados, é a busca pela solução amigável das violações praticadas, que pode-se notar em todas as fases de ambos os processos, inclusive na fase de execução.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner (Coordenador). *Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA NORMATIVO DA UNIÃO EUROPEIA

ANALYSIS OF THE NORMATIVE SYSTEM OF EUROPEAN UNION

*Marcelo Polo
Procurador da Fazenda Nacional
Mestre em Direito Privado*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da Competência Normativa; 1.1 Da Evolução das Competências e os Princípios Reitores; 1.1.1 As três espécies de Competência; 1.1.2 As Competências Exclusivas; 1.1.3 As Competências Concorrentes; 1.1.4 As Competências Coordenadas; 2 Das Instituições Com Capacidade Normativa; 2.1 Das instituições da UE; 2.2 Das instituições com Poder Normativo; 2.2.1 O Parlamento Europeu; 2.2.2 O Conselho; 2.2.3 O Conselho Europeu; 2.2.4 A Comissão; 3 Das Espécies Normativas; 3.1 Direito Primário; 3.1.1 Os Tratados da Ue; 3.1.2 Os Princípios Gerais do Direito; 3.1.3 A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; 3.2 Direito Secundário; 3.2.1 Os Regulamentos; 3.2.2 As Diretivas; 3.2.3 As Decisões; 4 Das Características Dos Atos Normativos; 4.1 Quanto Aos Sujeitos Destinatários; 4.2 Quanto à Eficácia e à Aplicabilidade; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A UE detém, porque lhe é cedida, parcela da soberania dos EE membros, que exerce por meio da emissão de atos administrativos, atos normativos e mesmo atos de natureza jurisdicional (por meio da sua Corte de Justiça) dentro das competências estabelecidas no seu tratado constitutivo. O objeto do presente estudo recai sobre os atos normativos emitidos pela UE. Tem-se como meta fornecer uma visão geral das espécies normativas emanadas pela UE dentro da competência que lhe é própria, das características desses atos no que tange à sua eficácia em relação ao direito interno dos EE membros e dos princípios reitores de sua aplicação. Com efeito, os atos normativos da UE, porque vinculam não apenas os EE membros, mas os cidadãos dos EE membros da União, alteram profundamente a ordem normativa interna desses EE. Assim, estudar as espécies normativas emanadas da UE importa para o conhecimento do ordenamento jurídico-normativo que rege a organização internacional UE, mas é igualmente necessário para a compreensão da alteração, de regra imediata e direta, que se dá nos ordenamentos jurídico-normativos internos dos EE que compõem a UE.

PALAVRAS-CHAVE: Direito europeu. Atos Normativos. Quadro Institucional. Classificação. Regulamentos. Diretivas.

ABSTRACT: The EU has, because it is given to it, a portion of the sovereignty of EU member countries, which is exercised through the issuance of administrative acts, normative acts and even acts of a judicial nature (through its Court of Justice) within the competences that figures in EU creation treatise. The object of this study is on the normative acts issued by the EU. It has a goal to provide an overview of the species regulations issued by the EU within the competence of its own, the characteristics of those acts with regard to their effectiveness in relation to the law of EU member countries and guiding principles of its application. Indeed, the normative acts of the EU, not only because they vinctuate EU member countries, but also the citizens of them, profoundly change the order of these internal legal system. Thus, studying the species regulations issued by the EU matter to the knowledge of the legal-regulatory organization e change, immediate and direct rule, of the legal system of EU member countries.

KEYWORDS: European Law. Normative Acts. Institucional Organization. Classification. Regulation.

INTRODUÇÃO

A União Europeia (UE) nasce da junção de três comunidades europeias já constituídas e em funcionamento: a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), instituída pelo Tratado de Paris de 12 de abril de 1951; a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEa), estas duas instituídas pelo Tratado de Roma de 25 de março de 1957. Na medida em que essas Comunidades parciais desenvolvem, cada qual em seu campo de atuação, com competência e estrutura próprias, um projeto de integração dos países Europeus aderentes (signatários dos Tratados constitutivos) no campo econômico e de uso e produção de energia atômica, surge a ideia de União dessas três Comunidades em um projeto maior, abarcando as competências próprias e acrescentando outras competências de integração comunitária. Assim, uma primeira racionalização das três Comunidades, com o estabelecimento de instituições que fossem comuns a elas foi dada pelo Tratado firmado em Maastricht em 17 de fevereiro de 1992, em que se cunhou o termo União Europeia, justamente para denotar instituições e procedimentos que serviriam às três Comunidades (TUE). O processo de integração comunitária restou finalizado com a instituição definitiva da União Europeia como organismo internacional em substituição à Comunidade Europeia (maior das três Comunidades), sendo que a CECA teve fim em 2002, diante da não renovação do seu Tratado próprio. Tal se deu com o Tratado de Lisboa de 13 de dezembro de 2007.

O Tratado de Lisboa, então, altera completamente o TUE (Maastricht, 1992), passando a dar-lhe configuração própria de constituição de um órgão novo, ou renovado, a UE, com uma disciplina normativa uniforme, que é a disciplina que atualmente rege o funcionamento da UE. No TEU, reformulado pelo Tratado de Lisboa, constam as *normas gerais* de organização da UE: atribuição de competências, estabelecimento das instituições que apresentam a União, normas procedimentais de adoção de atos de natureza administrativa e legislativa, enunciação de direitos e garantias e disposições finais e transitórias. O TCE (Roma, 1957) também é alterado para servir de continente às *normas específicas* de organização da UE, passando a se chamar Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Seriam as normas de execução do TUE; algo como um Decreto regulamentador. O TEU, nos moldes dados pelo Tratado de Lisboa, faz às vezes de uma Constituição; aliás, o Tratado de Lisboa tem origem próxima no projeto de adoção de uma Constituição europeia, passo ainda mais ousado tentado pelo comissariado europeu, mas que foi rejeitado por uma série

de Estados membros, por não ter passado pelo crivo do controle interno de constitucionalidade desses países, que consideraram a adoção de uma Constituição como um ato exagerado de perda de soberania. Assim, o projeto foi repensado e transmutado em um Tratado de reforma que organizou estruturas comuns e definiu competências sem pretender arvorar-se em uma nova Constituição, a sinalar a existência de um novo Estado federado.

Nesse panorama, tem-se a UE como organismo internacional, dotado de personalidade jurídica internacional própria, criado por meio de um tratado internacional a que aderiram, originariamente, 27 países europeus, mas que não forma um Estado federado próprio. Ou seja, os EE membros continuam sujeitos de direito no plano internacional, dotados de soberania própria em seu território e em relação aos seus cidadãos. Reconhece-se, contudo, que a UE forma um organismo internacional diferenciado, *sui generis*, por lhe ser delegada parte da soberania dos EE membros para que desenvolva os objetivos institucionais. Os EE membros, de forma livre, em razão da adesão a um tratado internacional, concordam em ceder parte de sua soberania à UE para que ela possa agir dentro das competências definidas por esses mesmos EE membros do tratado constitutivo¹.

A UE detém, portanto, porque lhe é cedida, parcela da soberania dos EE membros, que exerce por meio da emissão de atos administrativos, atos normativos e mesmo atos de natureza jurisdicional (por meio da sua Corte de Justiça) dentro das competências estabelecidas no seu tratado constitutivo. O objeto do presente estudo recai sobre os atos normativos emitidos pela UE. Tem-se como meta fornecer uma visão geral das espécies normativas emanadas pela UE dentro da competência que lhe é própria, das características desses atos no que tange à sua eficácia em relação ao direito interno dos EE membros e dos princípios reitores de sua aplicação. Com efeito, os atos normativos da UE, porque vinculam não apenas os EE membros, mas os cidadãos dos EE membros da União, alteram profundamente a ordem normativa interna desses EE. Assim, estudar as espécies normativas emanadas da UE importa para o conhecimento do

1 Nas palavras do Professor Luigi DANIELE, em importante e destacada obra sobre o Direito da UE: "Il quid pluris che sembra distinguere l'Unione (e prima di essa le Comunità e, in particolare, la CE) è costituito dal fatto che, in suo favore, gli Stati membri avrebbero trasferito 'settori' o 'porzioni' della propria sovranità. L'Unione sarebbe pertanto un ente titolare di una sua sovranità, pur trattandosi di una sovranità parziale, perché limitata alle materie previste dai trattati, e derivata, perché frutto di un conferimento ad opera degli Stati membri e non di un atto o fatto autonomo". *Diritto Dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 2010.

ordenamento jurídico-normativo que rege a organização internacional UE, mas é igualmente necessário para a compreensão da alteração, de regra imediata e direta, que se dá nos ordenamentos jurídico-normativos internos dos Estados que compõem a UE.

Não é objetivo do presente estudo, até pelos limites próprios do artigo, analisar atos normativos específicos e os procedimentos próprios para sua aprovação (separação dos atos por matérias e do quorum e procedimento próprios para sua aprovação). O objetivo é traçar um quadro geral em que se possa visualizar as competências próprias da UE, as instituições com capacidade de editar atos normativos, as diversas espécies de atos normativos e as suas características próprias em termos de eficácia e aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos dos EE membros.

De referir que se utiliza, no presente artigo, o conceito ato normativo como o ato jurídico dotado de generalidade, ou seja, vinculante *erga omnes*, seja para todos os EE membros, seja para os cidadãos europeus. Isso porque, na terminologia adotada pelo TFUE, ato legislativo é o ato normativo promulgado com observância do procedimento legislativo previsto no tratado (que pode ser procedimento ordinário ou especial)². Tem-se uma definição, pelo TFUE, formal do que seja ato legislativo. Assim, há regulamentos e diretivas que são classificados ora como atos legislativos, ora como não legislativos, a depender da observância do procedimento previsto no TFUE. O termo ato normativo é, pois, mais abrangente e será esse o nosso objeto de estudo.

1 DA COMPETÊNCIA NORMATIVA

1.1 DA EVOLUÇÃO DAS COMPETÊNCIAS E OS PRINCÍPIOS REITORES

Nota-se que à medida em que a experiência de integração comunitária se mostra bem sucedida, tem-se maior adesão de EE membros e um alargamento das competências de atuação da UE. Tal fenômeno é mesmo natural: sempre que uma instituição passa a funcionar bem e atende, com êxito, a reclamos de intervenção em campos antes inexplorados, passa a agregar mais competências. Luigi DANIELE faz um interessante resumo dos acréscimos de competência havidos desde a CE:

Così l'AUE introduce quattro nuovi settori di intervento comunitario: la ricerca scientifica e tecnologica, l'ambiente, l'ambiente di lavoro e la politica regionale. Il TUE ne aggiunge altri sette: cooperazione

² Art. 289, parágrafo 3, TFUE: "Os actos jurídicos adoptados por processo legislativo constituem actos legislativos."

allo sviluppo, protezione dei consumatori, reti transeuropee, sanità pubblica, industria, cultura e, soprattutto, l'Unione Economica e Monetaria. Con il Trattato di Amsterdam l'intero settore dei visti, diritto di asilo, immigrazione e circolazione dei cittadini di Paesi terzi è ricondotto alla competenza comunitaria, così come quelli dell'occupazione e della cooperazione doganale. Il Trattato di Nizza aggiunge un'ulteriore competenza comunitaria in materia di cooperazione economica e finanziaria con Paesi terzi. Anche il Trattato di Lisbona attribuisce alla competenza dell'Unione nuovi settori: politica spaziale (art. 188 TFUE), energia (art. 194 TFUE), turismo (art. 195 TFUE), protezione civile (art. 196 TFUE), cooperazione amministrativa (art. 197 TFUE)³.

São princípios reitores no campo da atribuição de competências à UE, de acordo com o quanto expressamente positivado no TUE (art. 5º), os seguintes: princípio da atribuição, princípio da subsidiariedade e princípio da proporcionalidade.

O princípio da atribuição deixa claro a natureza derivada da UE, que age somente na medida das competências que lhe são atribuídas pelos EE membros no tratado constitutivo e nos que lhe seguirem (de revisão e modificação).

O princípio da subsidiariedade, de extremo relevo no ordenamento jurídico-político comunitário, dispõe que “nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União” (art. 5º, parágrafo 3, TUE).

Por fim, o princípio da proporcionalidade dispõe que “o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados” (art. 5º, parágrafo 4, TUE).

1.1.1 AS TRÊS ESPÉCIES DE COMPETÊNCIA

No TFUE é que se encontra o elenco das competências normativas atribuídas à UE. A distribuição de competências é de três espécies:

(i) competências exclusivas da UE;

³ DANIELE, op. cit., p. 22-23.

(ii) competências concorrentes (que a tradução portuguesa do TFUE nomina de “competências partilhadas”) e

(iii) competências de coordenação.

1.1.2 AS COMPETÊNCIAS EXCLUSIVAS

A competência exclusiva da UE é assim definida no art. 2º, parágrafo 1, TFUE:

1. Quando os Tratados atribuem à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos actos da União.

É o mesmo que ocorre quanto à distribuição de competências legislativas exclusivas pela Constituição brasileira. O rol de competências que cabem exclusivamente à UE é dado pelo art. 3º do TFUE:

1. A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios:

- a) União aduaneira;
- b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno;
- c) Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro;
- d) Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas;
- e) Política comercial comum.

2. A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num acto legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja susceptível de afectar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.

O rol de competências exclusivas da UE é taxativo.

1.1.3 AS COMPETÊNCIAS CONCORRENTES

Assim é definido o que seja competência concorrente no âmbito comunitário europeu (art. 2º, parágrafo 2, TFUE):

2. Quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua.

Veja-se que a distribuição de competências concorrentes na UE é diferente da que se tem no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. Não há uma divisão entre a edição de normas gerais e normas específicas. Na UE, tem-se primazia da atividade normativa da UE. Os EE membros só podem agir na medida em que a UE não tenha agido normativamente e perdem essa competência sempre que a UE venha a exercê-la. Assim, a UE pode legislar exaustivamente sobre um tema de competência concorrente, não deixando qualquer espaço para a norma nacional. Ou pode legislar apenas parcialmente ou estabelecendo normas gerais, com o que se abre espaço para a norma nacional.

O rol de competências concorrentes é dado pelo art. 4º, parágrafo 2, TFUE:

2. As competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados:

- a) Mercado interno;
- b) Política social, no que se refere aos aspectos definidos no presente Tratado;
- c) Coesão económica, social e territorial;
- d) Agricultura e pescas, com excepção da conservação dos recursos biológicos do mar;
- e) Ambiente;

- f) Defesa dos consumidores;
- g) Transportes;
- h) Redes transeuropeias;
- i) Energia;
- j) Espaço de liberdade, segurança e justiça;
- k) Problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspectos definidos no presente Tratado.

O rol não é exaustivo, o que se infere da expressão “os principais domínios” do parágrafo 2 e do quanto dispõe o parágrafo 1 do mesmo art. 4º: “A União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros quando os Tratados lhe atribuem competência em domínios não contemplados nos artigos 3º o e 6º”. O art. 6º é destinado às competências coordenadas. Ou seja, a competência residual, dentro dos princípios e objetivos comuns de integração europeia, é exercida de forma concorrente.

1.1.4 AS COMPETÊNCIAS COORDENADAS

O parágrafo 5 do art. 2º, TFUE, dispõe o que sejam as competências coordenadas:

5. Em determinados domínios e nas condições previstas pelos Tratados, a União dispõe de competência para desenvolver acções destinadas a apoiar, a coordenar ou a completar a acção dos Estados-Membros, sem substituir a competência destes nesses domínios.

Os actos juridicamente vinculativos da União adoptados com fundamento nas disposições dos Tratados relativas a esses domínios não podem implicar a harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros.

Trata-se de espécie diferente das utilizadas pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro na distribuição de competências, aproximando-se, contudo, do que temos por competência comum no âmbito administrativo. Veja-se que, nas competências coordenadas,

a primazia é dos EE membros; a UE atua simplesmente para apoiar, coordenar ou complementar a atuação dos EE membros. Aqui se está mais próximo de competências administrativas que propriamente legiferantes ou normativas.

O rol de competências coordenadas é dado pelo art. 6º, TFUE:

A União dispõe de competência para desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros. São os seguintes os domínios dessas ações, na sua finalidade europeia:

- a) Protecção e melhoria da saúde humana;
- b) Indústria;
- c) Cultura;
- d) Turismo;
- e) Educação, formação profissional, juventude e desporto;
- f) Protecção civil;
- g) Cooperação administrativa.

Ainda, há previsão de competência coordenada nas áreas de desenvolvimento tecnológico e espacial (art. 4º, parágrafo 3, TFUE), ajuda humanitária (art. 4º, parágrafo 4, TFUE) e políticas sociais (art. 5º, parágrafo 3, TFUE).

O rol das competências coordenadas é considerado taxativo.

2 DAS INSTITUIÇÕES COM CAPACIDADE NORMATIVA

2.1 DAS INSTITUIÇÕES DA UE

A UE, como pessoa jurídica de direito internacional que é, e por possuir particular complexidade diante das muitas competências que lhe são atribuídas, desempenha o seu mister por meio de órgãos, dotados de função próprias. São chamados de instituições.

De acordo com o art. 13, parágrafo 1, são as seguintes as instituições da UE:

1. A União dispõe de um quadro institucional que visa promover os seus valores, prosseguir os seus objectivos, servir os seus interesses, os dos seus cidadãos e os dos Estados-Membros, bem como assegurar a coerência, a eficácia e a continuidade das suas políticas e das suas acções.

As instituições da União são:

- o Parlamento Europeu;
- o Conselho Europeu;
- o Conselho;
- a Comissão Europeia (adiante designada «Comissão»);
- o Tribunal de Justiça da União Europeia;
- o Banco Central Europeu;
- o Tribunal de Contas.

Dessas instituições, são consideradas pela doutrina instituições políticas, porque dotadas de poder administrativo e normativo, o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho e a Comissão Europeia⁴.

Nota-se que o Banco Central Europeu possui poder regulamentador próprio, porém limitado à regulação do sistema monetário e financeiro da UE. A Corte de Justiça, termo mais comum para a ela se referir, não obstante na tradução para a língua portuguesa conste Tribunal de Justiça, possui, como cediço, natureza jurisdicional. O Tribunal de Contas é o órgão julgador das contas da UE, de modo similar aos Tribunais de Contas do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 DAS INSTITUIÇÕES COM PODER NORMATIVO

Convém estudar separadamente as instituições dotadas de competência para a produção de atos normativos.

⁴ DANIELE, op. cit., p. 48 e ss.

2.2.1 O PARLAMENTO EUROPEU

É o órgão legislativo por excelência no sistema jurídico-político instituído pelo TUE. Dispõe o art. 14, parágrafo 1, do TUE, que o Parlamento exerce a função legislativa juntamente com o Conselho⁵. O Parlamento Europeu é o órgão representativo do povo europeu. Trata-se de órgão criado justamente para reduzir o chamado “déficit democrático” de que se ressentia qualquer entidade internacional. No caso da UE, a recepção da parte da soberania exercida pelos EE membros exige, tanto quanto possível, legitimação na adoção de atos normativos, atos esses vinculantes não apenas aos EE membros, mas aos cidadãos europeus.

O Parlamento passou a ser escolhido por sufrágio universal por meio da Decisão nº 76/787, de 20 de setembro de 1976, emanada do Conselho (decisão é uma espécie de ato normativo, como será visto *infra*, cap. 3). Atualmente, a escolha dos membros do Parlamento europeu por meio de sufrágio universal direto, livre e secreto está positivada no art. 14, parágrafo 3, do TUE⁶. O Parlamento é composto de 750 membros, havendo distribuição proporcional das vagas de acordo com a população dos EE membros, não podendo cada Estado eleger menos de 6 e mais de 96 parlamentares⁷.

O Parlamento, respeitado o procedimento legislativo próprio, tem competência para a edição de regulamentos, diretivas e decisões (ver *infra*, cap. 3).

Conquanto não seja especificamente o objeto do presente estudo, importa referir que o procedimento legislativo ordinário (existe um procedimento legislativo especial) exige que a aprovação de um ato normativo (regulamento, diretiva ou decisão) seja submetido ao Parlamento e ao Conselho. É uma espécie de sistema bicameral, em

5 “1. O Parlamento Europeu exerce, juntamente com o Conselho, a função legislativa e a função orçamental. O Parlamento Europeu exerce funções de controlo político e funções consultivas em conformidade com as condições estabelecidas nos Tratados. Compete-lhe eleger o Presidente da Comissão.”

6 “3. Os membros do Parlamento Europeu são eleitos, por sufrágio universal directo, livre e secreto, por um mandato de cinco anos.”

7 Art. 14, parágrafo 2:

“2. O Parlamento Europeu é composto por representantes dos cidadãos da União. O seu número não pode ser superior a setecentos e cinquenta, mais o Presidente. A representação dos cidadãos é degressivamente proporcional, com um limiar mínimo de seis membros por Estado-Membro. A nenhum Estado-Membro podem ser atribuídos mais do que noventa e seis lugares.

O Conselho Europeu adopta por unanimidade, por iniciativa do Parlamento Europeu e com a aprovação deste, uma decisão que determine a composição do Parlamento Europeu, na observância dos princípios referidos no primeiro parágrafo.”

que o Parlamento representa o povo e o Conselho, os EE membros. O procedimento legislativo ordinário é regulado pelo art. 294, do TFUE.

2.2.2 O CONSELHO

O Conselho é órgão representativo dos EE membros. É composto por representantes dos EE membros que sejam Ministros em seus respectivos Estados (em geral, pelo Ministro das Relações Exteriores de cada Estado membro)⁸.

Em razão da específica competência que exerça, o Conselho é dividido em dois: Conselho dos Assuntos Gerais e Conselho dos Negócios Estrangeiros⁹. Interessante notar que a Presidência do Conselho dos Assuntos Gerais é alternada por representantes de cada Estado membro a cada seis meses. Por outro lado, o Conselho dos Negócios Estrangeiros, que trata da política externa e de segurança, é presidido pelo Alto Representante da União (cargo próprio), que o exerce de modo permanente (é nomeado e será destituído por deliberação do Conselho Europeu). Isso para que a UE tenha uma política externa com continuidade e coerência.

Como dito, o Conselho atua no procedimento legislativo ordinário como uma segunda Câmara, a da representação dos EE membros, na votação de atos de natureza legislativa¹⁰.

2.2.3 O CONSELHO EUROPEU

O Conselho Europeu é também órgão de representação dos EE membros. É órgão de representação máxima, porque composto

⁸ Art. 16, parágrafo 2, TUE:

“2. O Conselho é composto por um representante de cada Estado-Membro ao nível ministerial, com poderes para vincular o Governo do respectivo Estado-Membro e exercer o direito de voto.”

⁹ Art. 16, parágrafo 6, TUE:

“6. O Conselho reúne-se em diferentes formações, cuja lista é adoptada nos termos do artigo 236.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

O Conselho dos Assuntos Gerais assegura a coerência dos trabalhos das diferentes formações do Conselho. O Conselho dos Assuntos Gerais prepara as reuniões do Conselho Europeu e assegura o seu seguimento, em articulação com o Presidente do Conselho Europeu e com a Comissão.

O Conselho dos Negócios Estrangeiros elabora a acção externa da União, de acordo com as linhas estratégicas fixadas pelo Conselho Europeu, e assegura a coerência da acção da União.”

¹⁰ Art. 16, parágrafo 1, TUE:

“1. O Conselho exerce, juntamente com o Parlamento Europeu, a função legislativa e a função orçamental. O Conselho exerce funções de definição das políticas e de coordenação em conformidade com as condições estabelecidas nos Tratados.”

pelos Chefes de Estado ou de Governo dos EE membros. Não é órgão permanente. Reúne-se duas vezes por semestre.

O Conselho Europeu atua como órgão de direção da UE, de apontamento das prioridades, de avaliação do que tem sido feito e do que precisa ainda ser feito, além de possuir prerrogativas de escolha de ocupantes de altos cargos no quadro institucional da UE¹¹. Faz às vezes, portanto, de uma Chefia de Estado da UE.

Assumindo, portanto, uma função mais consultiva e de controle, é limitada a sua atuação na produção de atos normativos. Aliás, está expresso no TUE que não exerce função legislativa¹². A despeito de tal previsão, a doutrina aponta que, de fato, o Conselho Europeu emana atos de caráter normativo, porque gerais e vinculantes, especialmente quanto ao modo de funcionamento da UE como instituição.

In altre ipotesi, il Consiglio europeo si attegge come *organo dotato di poteri di tipo costituzionale*, essendo chiamato ad assumere decisioni che integrano o danno attuazione a talune disposizioni dei trattati e, in altri casi, hanno addirittura l'effetto di sostituirsi ad alcune loro disposizioni. Esempi di decisioni del primo tipo sono stati già esaminati: la decisione che stabilisce la composizione del Parlamento europeo (art. 14, par. 2, secondo comma, TUE, *supra*, par. 2.1), La decisione che stabilisce l'elenco delle formazioni del Consiglio (art. 16, par. 6, primo comma, TUE; *supra*, par. 3.1); la decisione con la quale viene stabilito il sistema di rotazione della presidenza del Consiglio (art. 16, par. 9, TUE; *supra*, par. 3.2)¹³.

2.2.4 A COMISSÃO

É órgão de representação de indivíduos, que devem atuar com independência em relação aos seus EE de origem, balizando sua atuação pela convicção própria do que seja o melhor para a integração

11 É lição de Luigi DANIELE:

“La definizione contenuta nell’art. 15 cit., presenta il Consiglio europeo come il supremo organo di indirizzo dell’intera Unione.

Tale funzione è ribadita nel campo dell’azione esterna dall’art. 22, par. 1, TUE, a norma Del quale: ‘il Consiglio europeo individua gli interessi e gli obiettivi strategici dell’Unione sulla base dei principi e degli obiettivi enunciati all’art. 21’.” Op. cit., p. 73.

12 Art. 15, parágrafo 1, TUE:

“1. O Conselho Europeu dá à União os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e define as orientações e prioridades políticas gerais da União. O Conselho Europeu não exerce função legislativa.”

13 DANIELE, op. cit., p. 74.

comunitária¹⁴. A composição da Comissão é no número de EE participantes da UE, limitado a 27, pela regra atual. O TUE prevê que, a partir de 1º de novembro de 2014, a Comissão seja composta por três quartos do número de EE membros. A forma de nomeação dos membros da Comissão é bastante complexa. Há um procedimento próprio para a escolha do Presidente da Comissão, dada a importância do cargo, e outro para a escolha dos demais componentes da Comissão. O Presidente é eleito pelo Parlamento Europeu e deve ser aprovado e nomeado pelo Conselho Europeu. Depois, o Presidente, juntamente com o Conselho, montam a “chapa” dos demais componentes. Essa “chapa” deve ser aprovada ou rejeitada integralmente pelo Parlamento Europeu depois de realizar sabatina individual de cada nominado. Por fim, a “chapa” precisa ser aprovada e é nomeada pelo Conselho Europeu.

As funções da Comissão estão elencadas no art. 17, parágrafo 1, TUE, a cujo teor:

1. A Comissão promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para esse efeito. A Comissão vela pela aplicação dos Tratados, bem como das medidas adoptadas pelas instituições por força destes. Controla a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia. A Comissão executa o orçamento e gere os programas. Exerce funções de coordenação, de execução e de gestão em conformidade com as condições estabelecidas nos Tratados. Com excepção da política externa e de segurança comum e dos restantes casos previstos nos Tratados, a Comissão assegura a representação externa da União. Toma a iniciativa da programação anual e plurianual da União com vista à obtenção de acordos interinstitucionais.

A Comissão, portanto, faz às vezes de Governo e Administração no quadro institucional da UE.

No que toca à atuação legislativa, a Comissão é a responsável pela elaboração e encaminhamento de projetos de atos legislativos ao

14 Art. 17, parágrafo 3, TUE:

“3. O mandato da Comissão é de cinco anos.

Os membros da Comissão são escolhidos em função da sua competência geral e do seu empenhamento europeu de entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência.

A Comissão exerce as suas responsabilidades com total independência. Sem prejuízo do nº 2 do artigo 18º, os membros da Comissão não solicitam nem aceitam instruções de nenhum Governo, instituição, órgão ou organismo. Os membros da Comissão abstêm-se de toda e qualquer acção que seja incompatível com os seus deveres ou com o exercício das suas funções.”

Parlamento Europeu¹⁵. Independentemente de o ato normativo passar pelo processo legislativo (como visto na Introdução), a Comissão é o órgão que mais comumente edita atos normativos não legislativos – na classificação adotada pelo TFUE – como regulamentos, diretivas e decisões.

3 DAS ESPÉCIES NORMATIVAS

É corrente na doutrina que estuda o direito europeu, classificá-lo em direito primário e direito secundário¹⁶. O direito primário é o direito fundante ou constitutivo da UE; possui hierarquia superior e, desse modo, fornece o fundamento de validade do direito secundário. São as seguintes as fontes de direito primário da UE: os tratados constitutivos e os tratados de modificação ou revisão que lhe seguirem; os princípios gerais de direito e a Carta dos direitos fundamentais da União Europeia.

O direito secundário é o direito que deriva do direito primário, a partir das normas de competência estabelecidas por aquele. São hierarquicamente inferiores, portanto. O direito secundário está sujeito a um controle de validade formal e material diante do direito primário, controle esse exercido pela Corte de Justiça europeia. São as seguintes as fontes de direito secundário da UE: os regulamentos, as diretivas e as decisões. É o que consta no rol dos atos típicos do art. 288, TFUE¹⁷. Constam ainda nesse rol os pareceres e as recomendações: ocorre que tais atos, por não serem considerados vinculantes, não são classificados como atos normativos para os fins do presente estudo.

Ainda como direito secundário, tem-se os atos de atuação e os atos de execução adotados pela Comissão e pelo Conselho. São atos de natureza regulamentar, que se reportam aos atos base (regulamentos, diretivas e decisões).

De referir que não há hierarquia jurídica entre os atos normativos típicos de direito secundário, de modo que entre eles (regulamentos, diretivas e decisões), em caso de conflito, se aplicam as regras clássicas

15 Art. 17, parágrafo 2, TUE:

“2. Os actos legislativos da União só podem ser adoptados sob proposta da Comissão, salvo disposição em contrário dos Tratados. Os demais actos são adoptados sob proposta da Comissão nos casos em que os Tratados o determinem.”

16 Ver, por todos, a obra de: DANIELE, Luigi. *Diritto Dell’Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*. 4ª Ed. Milão: Giuffrè Editore, 2010. p. 133 e ss.

17 Art. 288, primeira parte, TFUE: “Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.”

de solução de conflitos de leis: (i) lei posterior revoga lei anterior e (ii) lei especial prevalece sobre lei geral.

3.1 DIREITO PRIMÁRIO

3.1.1 OS TRATADOS DA UE

Referimo-nos aos tratados que deram origem à UE, que lhe dão a atual formatação jurídica e os vindouros, de revisão e modificação dos tratados atualmente vigentes (TUE e TFUE: Tratado de Lisboa, 2007).

Os tratados constitutivos da UE, como dito, fazem às vezes de uma Carta Constitucional, estabelecendo competências, procedimentos, direitos e garantias individuais, princípios comuns e objetivos a serem alcançados pela UE.

3.1.2 OS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Aqui, admite-se a divisão entre os princípios gerais de direito da UE e os princípios gerais de direito comuns aos ordenamentos jurídicos dos EE membros.

Os princípios gerais de direito da UE são aqueles princípios expressos ou implícitos presentes nos tratados constitutivos, decorrentes da prática institucional da UE nesses anos de vivência do modelo integrativo comunitário e, especialmente, os reconhecidos pelas decisões da Corte de Justiça europeia. São princípios implícitos do direito comunitário: princípio da vedação à discriminação, da liberdade de circulação de pessoas e bens e da tutela jurisdicional efetiva¹⁸. São princípios expressos no art. 5º, TUE: princípio da atribuição, princípio da subsidiariedade, princípio da proporcionalidade.

Os princípios gerais de direito comuns aos ordenamentos jurídicos dos EE membros partem da matriz compartilhada pela maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, qual seja, a romano-germânica. Assim, no campo do direito público, consolidaram-se os princípios do Estado Democrático de Direito, da certeza do direito, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana na relação vertical (Estado x cidadão), da presunção de certeza dos atos administrativos, da proibição do confisco, da capacidade contributiva, entre outros. No campo do direito privado, podem-se citar os princípios da dignidade da pessoa humana na relação

18 DANIELE, op. cit., p. 161-163.

horizontal (cidadão x cidadão), da boa-fé objetiva, da autonomia privada, da responsabilidade civil, da compensação¹⁹, entre outros.

3.1.3 A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

Os direitos fundamentais, como em todos os ordenamentos jurídicos ocidentais, possuem especial proteção jurídica no direito europeu. De fato, uma das razões para a integração europeia reside justamente na garantia de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana em qualquer Estado membro independentemente da nacionalidade, cor, raça, origem ou sexo da pessoa. Isso como reação jurídica à triste realidade vivenciada pelos europeus com a ascensão do regime nazista na Alemanha, que provocou a II Guerra.

A Carta dos direitos fundamentais da UE foi redigida com ampla participação das instituições da UE e, ainda, com membros de Parlamentos nacionais, tendo sido proclamada pelo Conselho Europeu na reunião havida em Nizza, em 7 de dezembro de 2000. O seu *status* jurídico, contudo, só foi positivado com o Tratado de Lisboa ao art. 6º, parágrafo 1, primeira parte, a cujo teor:

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

Além da Carta europeia, a UE adere aos direitos fundamentais enunciados na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, além dos direitos fundamentais comuns aos seus EE membros. É o que dispõem os parágrafos 2 e 3 do art. 6º, TUE:

2. A União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.
3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia

¹⁹ Reconhecido como princípio geral de direito comum aos ordenamentos jurídicos dos EE membros no acórdão da Corte de Justiça proferido no Processo C-87/01, de 10 de julho de 2003, *Conseil des communes et régions d'Europe v. Comissão*.

para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

3.2 DIREITO SECUNDÁRIO

3.2.1 OS REGULAMENTOS

O regulamento é diploma normativo que regula exaustivamente uma dada matéria²⁰. Assim, são atos normativos classificados como de eficácia direta e aplicabilidade direta (classificação que será retomada no cap. 4). Ou seja, tão logo entrem em vigor, são de observância obrigatória pelos EE membros e pelos seus cidadãos e não dependem da adoção de qualquer ato normativo complementar para que, desde logo, suas normas passem a regular relações jurídicas.

Ou seja, são atos normativos dotados de completude, que regulam inteiramente a matéria que constitui o objeto da normativa.

3.2.2 AS DIRETIVAS

A sua vez, as diretivas são atos normativos que estabelecem objetivos a serem alcançados por meio de regulação jurídica a ser realizada pelos EE membros no prazo assinalado pela diretiva. Na definição do art. 288, terceira parte, TFUE: “A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios”.

Assim, são atos normativos de aplicabilidade indireta ou mediata, justamente porque dependem de ato jurídico complementar a ser adotado pelos EE membros, com discricionariedade, para que tenham densidade normativa suficiente a regular relações jurídicas. Evidente que a discricionariedade que cabe ao Estado membro tem como bitola os princípios gerais, as metas, os objetivos previamente definidos na diretiva.

3.2.3 AS DECISÕES

As decisões, tais como os regulamentos, apresentam normação completa, suficiente²¹. A diferença está no fato de que as decisões podem

²⁰ Na definição do art. 288, segunda parte, TFUE: “O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.”

²¹ Art. 288, quarta parte, TFUE: “A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.”

ser vinculativas a apenas um ou alguns dos EE membros. Nesse sentido, tem-se decisões ditas individuais. Não consideramos, pelos critérios que adotamos na Introdução, decisões individuais como atos normativos.

Assim, seriam atos normativos as decisões ditas gerais. O mais comum é que as decisões gerais sejam adotadas para regular alguns pontos relativos ao funcionamento próprio da UE, como as emanadas pelo Conselho Europeu (vide cap. 2.2.3).

4 DAS CARACTERÍSTICAS DOS ATOS NORMATIVOS

4.1 QUANTO AOS SUJEITOS DESTINATÁRIOS

Os atos normativos adotados pela UE podem ter como destinatários:

- (i) Apenas os EE membros: no que se assemelham aos demais tratados internacionais.
- (ii) Além dos EE membros, os cidadãos nacionais de cada Estado membro: nesse caso, os atos normativos podem ser dirigidos à regulação da relação vertical Estado x administrado (pessoa física ou jurídica) ou da relação horizontal, de direito privado, entre duas pessoas (físicas e/ou jurídicas).

Quando não houver especificação de se tratar de ato dirigido unicamente aos EE membros ou quando tal não for o objeto específico da norma, a eficácia do direito europeu se estende aos nacionais dos EE membros, criando posições jurídicas atributivas de direitos ou de obrigações exigíveis em cada espécie de relação jurídica normada. É este o chamado *quid pluris*, a especificidade própria da UE, que a distingue das demais formas de organização internacional.

4.2 QUANTO À EFICÁCIA E À APLICABILIDADE

A doutrina distingue eficácia de aplicabilidade. A eficácia, assim com a aplicabilidade, é classificada em direta e indireta. A eficácia é a capacidade de um ato normativo europeu de regular a relação jurídica objeto da norma. A aplicabilidade é a situação de dependência da adoção, pelos EE membros, de ato normativo complementar para viabilizar a aplicação do ato normativo europeu. São conceitos bastante próximos; a diferença é sutil. A razão para esta distinção recai sobre

a especificidade das diretivas: as diretivas, conquanto de aplicabilidade mediata ou indireta, podem possuir eficácia direta.

A eficácia direta depende da análise de dois requisitos do diploma normativo: a suficiente precisão e a incondicionalidade²². A análise da suficiente precisão aponta para, em cada caso, buscar se o diploma, na sua inteireza ou em parte dele, possui densidade normativa suficiente para regular uma relação jurídica. Assim, se for clara a atribuição de um direito ou a instituição de uma obrigação e a definição dos seus titulares, entende-se que a norma emanada de uma instituição da UE, desde a sua entrada em vigor, produz efeitos diretamente, ou seja, admite o exercício de um direito ou a pretensão a que a outra parte cumpra uma obrigação. A incondicionalidade exige que a norma não esteja sujeita a uma condição para produzir efeitos: se estiver sujeita, deve-se aguardar o implemento da condição.

Nesse sentido, de regra e a princípio, as diretivas não possuem eficácia direta. Pode-se, contudo, modo excepcional, analisando a sua densidade normativa, desde logo o aplicador atribuir eficácia direta à norma. Tal se dá, por exemplo, com o *efeito de oposição* da diretiva no ordenamento jurídico interno. O efeito de oposição impede que seja aplicada uma norma interna que contrarie os princípios gerais traçados em uma diretiva.

Mesmo a eficácia indireta, a sua vez, produz dois efeitos: (i) a obrigação de interpretação conforme e (ii) o dever de reparação do dano. Assim, mesmo quando se estiver diante de uma norma europeia sem eficácia direta, exige-se do juiz nacional que interprete o direito interno do modo mais conforme possível aos princípios gerais ou diretrizes traçados na norma europeia²³.

O dever de reparação de dano é efeito que se extrai diante da inércia do Estado membro em editar as normas complementares necessárias ao pleno gozo dos direitos conferidos pela diretiva. Assim, atingido o termo final fixado na diretiva para que haja a adaptação do direito interno, ou melhor, a edição das normas complementares necessárias à sua aplicabilidade integral no plano do direito interno, sem que o Estado membro tenha se desincumbido do seu mister, tal gera ao particular prejudicado uma pretensão de ressarcimento pelos danos causados pela não fruição do direito contra o Estado membro negligente²⁴.

²² DANIELE, op. cit., p. 225 e ss.

²³ Idem, p. 246-248.

²⁴ Ibid., p. 252-255.

5 CONCLUSÃO

O estudo do quadro normativo próprio da UE nos permite chegar as seguintes conclusões, dispostas articuladamente em relação a cada capítulo objeto do presente artigo:

1. A UE é organismo internacional a que se atribui uma série vasta de competências. O rol de competências é, no mais das vezes, definido por meio de conceitos amplos, elásticos. Daí a necessidade de cuidado, no que tange ao aspecto normativo (objeto do presente estudo), quanto ao exercício exacerbado de competências normativas que ingressam, imediata ou mediatamente, nos ordenamentos jurídicos nacionais, vinculando mesmo os particulares nas suas relações com os demais particulares.

O cuidado que se requer é de duas ordens. A primeira é no sentido do prolixismo normativo, da edição de uma profusão de normas vinculantes, de diversas espécies, como sejam regulamentos, diretivas e decisões, a reduzir a certeza do direito, princípio tão caro aos ordenamentos jurídicos nacionais, que pode ser elencado como princípio comum aos ordenamentos jurídicos de matriz romano-germânica.

A segunda é no sentido do desnecessário e exagerado engrandecimento da UE, retirando dos EE membros competências administrativas e, especialmente, normativas que poderiam exercer autonomamente. Aqui a especial atenção deve ser dada à atuação da Corte de Justiça europeia no que tange à avaliação da adaptação do direito interno ao direito europeu, especialmente no que tange à eficácia de diretivas e princípios gerais contidos nos tratados. É preciso que a Corte aja com parcimônia, dando sempre interpretação restritiva a normas abertas, como princípios e diretivas europeias, de modo a não agir inovando demasiadamente na ordem jurídica nacional, no que diga respeito à atribuição de direitos, especialmente na relação horizontal, entre particulares, tanto numa relação de direito privado, quanto numa relação de direito público, como o direito concorrencial.

Nesse sentido, vai importar sobremaneira a atuação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, princípios tidos como reitores de todo o sistema normativo e administrativo comunitário.

2. A UE se organiza, grosso modo, de forma similar à organização de um Estado nacional pela teoria da divisão dos poderes. Com efeito, a divisão de poderes, conquista da modernidade, é a experiência que se tem na criação e funcionamento de instituições políticas a que se pretenda conferir legitimidade.

Assim, o Parlamento europeu atua como os Parlamentos nacionais. O Conselho faria às vezes do Senado num sistema de aprovação de leis bicameral. A Comissão responde pelas funções de Administração e Governo, ao passo que o Conselho Europeu atua como uma Chefia de Estado.

3. A UE dispõe de uma série de espécies normativas para exercer a competência de instituição de um direito comum europeu.

Destacam-se, como fontes de direito secundário, os regulamentos e as diretivas. Os regulamentos são diplomas normativos exaurientes que, tão logo em vigor, vinculam juridicamente os EE membros e os particulares. As diretivas são diplomas normativos de eficácia indireta (de regra) e aplicabilidade mediata, que dependem, pois, de norma estatal complementar para regularem satisfatoriamente relações jurídicas objeto da norma.

4. A UE, no que tange à relação entre direito comunitário e direito interno dos EE membros, é regida pelo princípio do primado do direito europeu.

Assim, uma norma europeia com densidade normativa suficiente produz, tão logo em vigor, efeitos no ordenamento jurídico interno dos EE membros, revogando direito anterior em sentido contrário e impedindo a edição de direito posterior em sentido contrário, que será, então, ineficaz diante do direito europeu.

REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. *Curso de direito comunitário: instituições de direito comunitário comparado: União Européia e Mercosul*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANIELE, Luigi. *Diritto Dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 2010.



A APLICAÇÃO DIRETA DE RECURSOS TRIBUTÁ- RIOS POR PARTE DO CONTRIBUINTE: UM EN- SAIO DE IMAGINAÇÃO INSTITUCIONAL FISCAL E DE DIREITO COMPARADO

*THE DIRECT APPLICATION OF TAX RESOURCES BY THE TAXPAYER: A
ESSAY OF INSTITUTIONAL IMAGINATION AND COMPARATIVE LAW*

Miquerlam Chaves Cavalcante

Procurador da Fazenda Nacional

com atuação no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF

*Estudou fundamentos do Direito Americano na Thomas Jefferson School of Law na
Califórnia em 2011 e noções do Direito Europeu na Università di Roma Tor Vergata em 2012*

SUMÁRIO: 1 Contextualização; 2 A Opere di
Urbanizzazione a Scomputo Italiana; 3 Aspectos
Relevantes do Ordenamento Brasileiro; 4 Conclusão;
Referências.

RESUMO: Recente contato com o direito italiano nos inspirou a avançar em estudos sobre a viabilidade da aplicação dos recursos recolhidos pelos contribuintes aos cofres públicos, através da tributação, de uma forma direta, sem intermediários. A proposta traz reflexões sobre a democracia direta, sob um viés das finanças públicas, reavivada em razão dos avanços tecnológicos de nossos dias. Há repercussões sobre as temáticas da burocracia estatal, do número de intermediários entre os contribuintes e o gasto público, do combate à corrupção, etc. Neste cenário, o estudo do fenômeno jurídico *Opere di Urbanizzazione a Scomputo*, existente no ordenamento italiano, fornece-nos subsídios para uma construção jurídica própria à realidade brasileira quanto à gestão do gasto público pelo seu maior interessado e beneficiário, o Contribuinte.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Tributário. Gasto Público. Aplicação Direta. Contribuintes.

ABSTRACT: Recent contact with Italian Law inspired us to move forward in the studies on the feasibility of using funds collected by the taxpayers through taxation, in a direct way, without intermediaries. The proposal makes us ponder on direct democracy, under public finance point of view, which has been revived due to the technological advances of our time. There are repercussions on issues of state bureaucracy, on the number of intermediaries between taxpayers and public spending, on the fight against corruption, etc. In this scenario, the study of the legal phenomenon *Opere di Urbanizzazione a Scomputo*, existing on the Italian Law, provides subsidies to a legal construction to Brazilian reality itself regarding the management of public spending by its biggest stakeholder and beneficiary, the taxpayer itself.

KEYWORDS: Tax Law. Public Spending. Direct Application. Taxpayers.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

A correta e efetiva aplicação de recursos tributários é tema de extrema relevância na atualidade. Com efeito, os contribuintes veem-se assolados por uma carga tributária significativa, enquanto, ao mesmo tempo, são privados de serviços públicos básicos, que deveriam ser providos pelo Estado em razão dos tributos arrecadados.

Sobre o assunto, mencione-se estudo promovido pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário - IBPT¹, no qual a carga tributária (dados OCDE) de vários países é confrontada com dados do Índice de Desenvolvimento Humano (dados PNUD/ONU), na determinação do Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade.

A simples consulta aos dados sobre a carga tributária em outros países derruba o mito de que a brasileira é "das mais altas do mundo", como nos acostumamos a ouvir.

Assim, ao constatarmos que a carga tributária brasileira em relação ao PIB (35,13%, em 2010) está bem atrás da carga da Bélgica (43,80%), da Finlândia (42,10%), da Noruega (42,80%), da Áustria (42,00%), da Dinamarca (44,06%), verificamos que o problema diz mais com o *retorno* dos tributos do que com os *valores cobrados* dos contribuintes.

Tal cenário deve-se, em grande parte, à incapacidade do Estado de bem gerir as vultosas cifras arrecadadas através da tributação, em razão da burocrática estrutura estatal, da corrupção que permeia as esferas administrativas e, muitas vezes, em razão do despreparo daqueles que lidam com o dinheiro público.

Tudo isso gera absoluta desconfiança nos contribuintes, que não veem os resultados de suas expressivas contribuições.

A partir desta problemática, buscamos encontrar alternativas para que o Estado contemporâneo supere o que podemos chamar de *crise de ineficácia tributária*, em que os recursos são efetivamente arrecadados, mas não chegam à destinação esperada (saúde, educação, lazer, obras públicas, etc).

Uma possível solução para a aludida crise é aplicação direta dos recursos tributários pelos próprios contribuintes, sob a gerência ou simples supervisão estatal. Vislumbramos, na redução dos "intermediários", uma possibilidade factível que alcançar os objetivos a que a tributação se propõe.

1 Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário - IBPT. Estudo sobre Carga Tributária/ PIB x IDH - Cálculo do IRBES. Disponível em <http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=14191&pagina=0> Acesso em: 30 set 2012.

A proposta aproxima-se de um experimentalismo democrático, em detrimento do fetichismo institucional que permeia o tema².

Busca-se, com isso, reduzir o ingresso de recursos no caixa estatal, sem que isso signifique o comprometimento de políticas e serviços públicos. Ao contrário, o que se busca é a maior efetividade e rapidez na aplicação dos recursos arrecadados.

O ordenamento jurídico italiano conta com previsão cujos contornos jurídico são inspiradores para o que propomos. Trata-se da *Opere di Urbanizzazione a Scomputo*³, regulamentada no Art. 16, do Decreto nº 380 do Presidente da República, de 06/06/2001⁴.

Na Itália, os municípios (*comuni*) condicionam a emissão da licença de construção ao pagamento, pelos particulares, de uma contribuição na proporção da incidência de custos de infraestrutura e de custos de construção.

Ocorre que o titular da autorização pode se comprometer a realizar, por conta própria, as obras de urbanização exigidas pela legislação. Uma vez concluídas, as obras passarão a integrar o patrimônio indisponível do município. A realização destas obras, diretamente pelos particulares, possibilitam a dedução (*scomputo*) da totalidade ou de parte da citada contribuição.

É sempre bom lembrar que este instituto italiano nos servirá apenas como elemento inspirador na construção de uma proposta adequada à nossa realidade socio-jurídica. Em outras palavras, não buscamos aqui uma simples internalização de institutos estrangeiros sob a premissa, normalmente falsa e servil, de que são melhores que construções jurídicas brasileiras.

Com efeito, uma previsão legal que permita a aplicação direta pelos contribuintes de recursos públicos não pode ignorar os regramentos constitucionais, orçamentários e, sobretudo, licitatórios atualmente em vigor em nosso país.

2 A OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO ITALIANA

Conforme adiantamos acima, a *opere di urbanizzazione a scomputo* encontra-se regulamentada pelo Art. 16, do Decreto nº 380 do Presidente da República, de 06/06/2001, na redação modificada pelo Art. 1º do Decreto Legislativo nº 301, de 27 de dezembro de 2002.

² UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 17.

³ O instituto nos foi apresentado pelo distinto professor Alessandro Botto, da Università di Roma Tor Vergata, em aula ministrada naquela instituição em julho de 2012, fruto de parceria entre a Escola da AGU e aquela instituição.

⁴ Decreto Del Presidente Della Repubblica 6 giugno 2001, n.380.

Transcreva-se a previsão normativa:

Sezione II

Contributo di costruzione

Art. 16 (L)

Contributo per il rilascio del permesso di costruire

(legge 28 gennaio 1977, n. 10, articoli 3; 5, comma 1; 6, commi 1, 4 e 5; 11; legge 5 agosto 1978, n. 457, art. 47; legge 24 dicembre 1993, n. 537, art. 7; legge 29 settembre 1964, n. 847, articoli 1, comma 1, lettere b) e c), e 4; legge 22 ottobre 1971, n. 865, art. 44; legge 11 marzo 1988, n. 67, art. 17; decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, art. 58, comma 1; legge 23 dicembre 1998, n. 448, art. 61, comma 2)

1. Salvo quanto disposto dall'articolo 17, comma 3, il rilascio del permesso di costruire comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione, secondo le modalità indicate nel presente articolo.

2. La quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione è corrisposta al comune all'atto del rilascio del permesso di costruire e, su richiesta dell'interessato, può essere rateizzata. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune.

3. La quota di contributo relativa al costo di costruzione, determinata all'atto del rilascio, è corrisposta in corso d'opera, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, non oltre sessanta giorni dalla ultimazione della costruzione.

4. L'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base alle tabelle parametriche che la regione definisce per classi di comuni in relazione:

- a) all'ampiezza ed all'andamento demografico dei comuni;
- b) alle caratteristiche geografiche dei comuni;
- c) alle destinazioni di zona previste negli strumenti urbanistici vigenti;
- d) ai limiti e rapporti minimi inderogabili fissati in applicazione dall'articolo 41-quinquies, penultimo e ultimo comma, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modifiche e integrazioni, nonché delle leggi regionali.

5. Nel caso di mancata definizione delle tabelle parametriche da parte della regione e fino alla definizione delle tabelle stesse, i comuni provvedono, in via provvisoria, con deliberazione del consiglio comunale.

6. Ogni cinque anni i comuni provvedono ad aggiornare gli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, in conformità alle relative disposizioni regionali, in relazione ai riscontri e prevedibili costi delle opere di urbanizzazione primaria, secondaria e generale.

7. Gli oneri di urbanizzazione primaria sono relativi ai seguenti interventi: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato.

7-bis. Tra gli interventi di urbanizzazione primaria di cui al comma 7 rientrano i cavedi multiservizi e i cavidotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni, salvo nelle aree individuate dai comuni sulla base dei criteri definiti dalle regioni.

8. Gli oneri di urbanizzazione secondaria sono relativi ai seguenti interventi: asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie. Nelle attrezzature sanitarie sono ricomprese le opere, le costruzioni e gli impianti destinati allo smaltimento, al riciclaggio o alla distruzione dei rifiuti urbani, speciali, pericolosi, solidi e liquidi, alla bonifica di aree inquinate.

9. Il costo di costruzione per i nuovi edifici é determinato periodicamente dalle regioni con riferimento ai costi massimi ammissibili per l'edilizia agevolata, definiti dalle stesse regioni a norma della lettera g) del primo comma dell'articolo 4 della legge 5 agosto 1978, n. 457. Con lo stesso provvedimento le regioni identificano classi di edifici con caratteristiche superiori a quelle considerate nelle vigenti disposizioni di legge per l'edilizia agevolata, per le quali sono determinate maggiorazioni del detto costo di costruzione in misura non superiore al 50 per cento. Nei periodi intercorrenti tra le determinazioni regionali, ovvero in eventuale assenza di tali determinazioni, il costo di costruzione é adeguato annualmente, ed autonomamente, in ragione dell'intervenuta variazione dei costi di costruzione accertata dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT). Il contributo afferente al permesso di costruire comprende una quota di detto costo, variabile dal 5 per cento al 20 per cento, che viene determinata dalle regioni in funzione delle caratteristiche e delle tipologie delle costruzioni e della loro destinazione ed ubicazione.

10. Nel caso di interventi su edifici esistenti il costo di costruzione é determinato in relazione al costo degli interventi stessi, così come individuati dal comune in base ai progetti presentati per ottenere il permesso di costruire. Al fine di incentivare il recupero del patrimonio edilizio esistente, per gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), i comuni hanno comunque la facoltà di deliberare che i costi di costruzione ad essi relativi non superino i valori determinati per le nuove costruzioni ai sensi del comma 6.⁵

5 Em tradução livre:

Seção II

Contribuição da construção

Artigo 16 (L)

Contribuição para a emissão da licença de construção

[...]

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 17, parágrafo 3, a emissão da licença de construção implica o pagamento de uma contribuição na proporção da incidência de custos de infraestrutura e custos de construção, na forma descrita neste artigo.

2. A parte da contribuição relativas aos custos de infraestrutura deve ser pago ao município no momento da emissão da licença de construção e, a pedido, pode ser parcelado. Mediante a dedução da totalidade ou de parte do montante devido, o titular da autorização pode se comprometer a realizar obras de urbanização, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 5º, da Lei de 11 de Fevereiro de 1994, n. 109, e sucessivas alterações, na forma e garantias estabelecidas pelo município, com a consequente aquisição da obra pelo patrimônio indisponível do município.

Nosso interesse no instituto reside na possibilidade de o particular, titular do direito de construir, furtar-se ao recolhimento de contribuição exigida para a concessão da respectiva licença e, ao invés, providenciar

-
3. A parcela de sua contribuição para o custo de construção, determinado no momento da liberação, é pago durante a construção, com os termos e garantias estabelecidos pelo município, o mais tardar 60 dias após a conclusão da construção.
 4. A incidência do custo de urbanização primária e secundária é estabelecida por resolução do conselho da cidade, de acordo com o parâmetro de tabelas que define a região para as classes comuns em relação:
 - a) a escala e as tendências demográficas dos municípios;
 - b) as características geográficas dos municípios;
 - c) à destinação da zona no âmbito dos instrumentos de planejamento existentes;
 - d) aos limites mínimos inderrogáveis estabelecidos no artigo 41-d, penúltimo parágrafo e final da lei de 17 de agosto de 1942, n. 1150, e posteriores alterações e aditamentos, assim como as leis regionais.
 5. No caso de ausência das tabelas de parâmetros da região, para a definição das mesmas, os municípios devem defini-la, a título provisório, por resolução do conselho da cidade.
 6. A cada cinco anos, os municípios deverão atualizar os custos de infraestrutura para o ensino primário e secundário, de acordo com as disposições regionais, em relação aos resultados e os custos estimados de urbanização primária, secundária e geral.
 7. Os custos de infraestrutura primária estão relacionadas com o seguinte: ruas residenciais, espaços de parada ou de estacionamento, esgotos, adutoras, redes de distribuição de eletricidade e de gás, iluminação pública, áreas verdes.
 - 7-a. Entre as intervenções de infraestrutura primária referida no parágrafo 7 estão os eixos e dutos multiserviço para a passagem de redes de telecomunicações, exceto nas áreas identificadas pelos municípios, com base em critérios definidos por regiões.
 8. Os custos de infraestrutura secundária estão relacionadas com o seguinte: creches e pré-escolas, escolas primárias e instalações para o ensino superior, mercados de bairro, delegações municipais, igrejas e outros edifícios religiosos, instalações desportivas, parques de bairro, centros comunitários e centros culturais e de saúde. Nas unidades de saúde estão incluídos as obras, edifícios e instalações para a eliminação, reciclagem ou eliminação de resíduos urbanos, recuperação especial, perigoso, sólidos e líquidos, de áreas poluídas.
 9. O custo de construção de novos edifícios é determinada periodicamente pelas regiões com referência aos custos máximos elegíveis para a habitação social, tal como definidas pelas próprias regiões, de acordo com a letra g) do primeiro parágrafo do artigo 4º da Lei de 5 de Agosto de 1978, n. 457. Pela mesma medida as regiões identificar classes de edifícios que vão além daqueles considerados nas disposições legais em vigor para a habitação social, para a qual existem determinadas sobretaxas disse que o custo de construção em mais de 50 por cento. No período entre as determinações regionais, ou, na ausência de tal determinação, o custo de construção é reajustada anualmente, e de forma independente, segundo as mudanças havidas nos custos de construção estabelecidas pelo Instituto Nacional de Estatística (Istat). A contribuição relativa à autorização de construção inclui uma parte deste custo, que varia de 5 por cento a 20 por cento, o que é determinado pelas regiões de acordo com as características e os tipos de edifícios e à sua localização e destino.
 10. No caso de intervenções em edifícios existentes, o custo de construção é determinado em relação ao custo da ação corretiva, como identificado pelo município, de acordo com os planos apresentados para o planejamento de permissão. A fim de incentivar a recuperação de edifícios existentes, para a construção de obras de renovação no artigo 3º, parágrafo 1, alínea d), os municípios têm o poder de decidir que os custos de construção relativos aos mesmos não deve exceder o valores determinados para a construção nova nos termos do parágrafo 6.

a construção, por conta própria, de equipamentos públicos que se destinarão ao patrimônio público.

Vislumbramos aqui a possibilidade de ampliarmos o instituto, de forma a permitir que recursos originalmente destinados ao caixa comum do Estado sejam, desde logo, direcionados aos fins a que se propõem.

Na norma italiana, esses fins são, desde já, mencionados pela norma em análise, sendo certo que os recursos se prestam para a construção de *infraestrutura primária* (ruas residenciais, espaços de parada ou de estacionamento, esgotos, adutoras, redes de distribuição de eletricidade e de gás, iluminação pública, áreas verdes, eixos e dutos multiserviço para a passagem de redes de telecomunicações) e de *infraestrutura secundária* (creches e pré-escolas, escolas primárias e instalações para o ensino superior, mercados de bairro, delegações municipais, igrejas e outros edifícios religiosos, instalações desportivas, parques de bairro, centros comunitários e centros culturais e de saúde, instalações para a eliminação, reciclagem ou eliminação de resíduos urbanos).

Digno de nota é o fato de a legislação italiana não excepcionar a *opere di urbanizzazione a scomputo* da aplicação das normas que disciplinam os contratos públicos. Em outras palavras, essa forma de realização de obra pública, realizada por sujeito privado, se submete normalmente à disciplina de contratação pública do Estado italiano.

Com efeito, essa é a determinação do artigo 32 do Decreto Legislativo n. 163, de 12 de abril de 2006, senão vejamos:

Art. 32

Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori (artt. 1 e 8, direttiva 2004/18; art. 2, legge n. 109/1994; art. 1, d.lgs. n. 358/1992; artt. 2 e 3, co. 5, d.lgs. n. 157/1995)

1. Salvo quanto dispongono il comma 2 e il comma 3, le norme del presente titolo, nonche' quelle della parte I, IV e V, si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28:

[...]

g) *lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire*, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma

2, decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore, presentando all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, la progettazione preliminare delle opere. All'esito della gara bandita ed effettuata dal promotore sulla base della progettazione presentata, il promotore può esercitare, purché espressamente previsto nel bando di gara, diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, entro quindici giorni dalla aggiudicazione, corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato; (grifo nostro)⁶

Na hipótese de se permitir ao contribuinte brasileiro a contratação de obras e serviços públicos, mediante a aplicação direta dos recursos tributários por ele devidos, como ora propomos, cremos ser necessária a adoção de solução similar.

Os valores⁷ que a nossa lei de licitação alberga nos são muito caros para serem olvidados. Além disso, receamos que nossa sociedade ainda não esteja no estágio em que tais princípios sejam voluntariamente observados no trato da coisa pública.

6 Em tradução livre:

Artigo 32

Entidades adjudicantes e outras partes contratantes (artigos 1º e 8º da Diretiva 2004/18, art. 2º da Lei n. 109/1994, art. 1, Decreto Legislativo n. 358/1992, arts. 2 e 3, alínea 5 Decreto Legislativo, n. 157/1995)

1. Salvo o disposto na alínea 2 e na alínea 3, as disposições do presente título, assim como os do título, I, IV e V são aplicáveis em relação aos seguintes contratos, cujo valor seja igual ou superior aos limites previstos no artigo 28:

[...]

g) de obras públicas a serem realizadas por particulares, que têm autorização para construir, que assumiram a execução direta de obras de infraestrutura mediante a dedução total ou parcial da contribuição prevista pela autorização, nos termos do artigo 16, parágrafo 2º, do Decreto do Presidente da República junho 6, 2001, n. 380 e no artigo 28, parágrafo 5º da Lei 17 agosto de 1942, n. 1150. A administração que emitiu a licença de construção pode prever que, em conexão com a implementação de obras de infra-estrutura, o titular da licença de construção assume o papel de facilitador, apresentando à mesma administração, no prazo de noventa dias a partir da emissão da licença de construção, o projeto preliminar dos trabalhos. O resultado do concurso lançado pelo promotor e realizada com base no projeto apresentado, o promotor pode "exercer, desde que" expressamente prevista no anúncio de contrato, direito de preferência em relação ao contratante, no prazo de quinze dias da adjudicação, cabendo ao empreiteiro 3% do valor do contrato adjudicado;

7 Seleção da proposta mais vantajosa para a administração, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, etc.

3 ASPECTOS RELEVANTES DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988, em seu Título VI, trata da tributação e do orçamento, traçando os contornos do sistema tributário nacional, com a atribuição de competências tributárias, enunciação das espécies tributárias existentes, limitações do poder de tributar, bem como da repartição das receitas auferidas com a atividade arrecadatória estatal.

Ocorre, porém, que escapa à previsão constitucional a eleição das políticas e dos serviços públicos em que tais recursos arrecadados serão utilizados. A eleição de prioridades na aplicação dos fartos recursos tributários fica a cargo da Administração. Em outras palavras, fica a cargo do Poder Executivo, responsável pela aplicação dos recursos disponíveis no orçamento, aprovado pelo Poder Legislativo, definir onde e como aplicar os recursos arrecadados.

Sem descermos a considerações ético-morais, é cediço que a eleição de prioridades, assim como a efetiva aplicação dos recursos tributários, há muito está dissociada da vontade dos cidadãos e contribuintes. Essa distorção gera descrédito por parte dos contribuintes que, a cada dia, veem a elevação da carga tributária, enquanto vivenciam a ineficácia Estatal em atender as necessidades básicas dos cidadãos.

A relação entre a tributação e a necessidade de fazer frente aos gastos da coletividade é ínsita à definição de tributo, senão vejamos:

Tributo, como prestação pecuniária ou em bens, arrecadada pelo Estado ou pelo monarca, com vistas a *atender aos gastos públicos* e às despesas da coroa, é uma noção que se perde no tempo e que abrangeu desde os pagamentos, em dinheiro ou bens, exigidos pelos vencedores aos povos vencidos (à semelhança das modernas indenizações de guerra) até a cobrança junto aos próprios súditos, ora sob o disfarce de donativos, ajudas, contribuições para o soberano, ora como um dever ou obrigação. No Estado de Direito, a dívida de tributo estruturou-se como uma relação jurídica, em que a imposição é estritamente regrada pela lei, vale dizer, o tributo é uma prestação que deve ser exigida nos termos previamente definidos pela lei, *contribuindo dessa forma os indivíduos para o custeio das despesas coletivas* (que, atualmente, são não apenas as do próprio Estado, mas também as de entidades de fins públicos)⁸. (grifo nosso)

8 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

Neste sentido, não é visto com bons olhos, por parte dos contribuintes, o fato de serem significativamente tributados, enquanto o resultado desta tributação é desviado para outros fins, muitas vezes espúrios, dentro da burocrática estrutura estatal.

É por esta razão que os sistemas tributários tendem a eliminar ou, pelo menos, encurtar o caminho entre o contribuinte e a atividade cujo tributo pretende financiar. Corroborando nosso entendimento, vale a pena transcrever opinião do ilustre Ives Gandra da Silva Martins⁹ sobre o tema:

Uma das características da evolução dos sistemas tributários é de que, gradativamente, os tributos destinados à manutenção das estruturas burocráticas e atendimento de necessidades gerais do Estado (impostos) vão perdendo importância para os tributos vinculados a determinadas atividades (taxas e contribuições em geral, entre elas as sociais, ambientais e de intervenção no domínio econômico), em face da integração, cada vez maior, entre o Estado e a sociedade, na construção de um Estado Democrático equilibrado.

[...]

A importância crescente, no mundo inteiro, dos tributos vinculados decorre, em grande parte, da necessidade de o Estado não ficar na dependência de suas receitas tradicionais e utilizar imposições fiscais estimuladoras, reguladoras ou contraprestacionais, que permitem, à evidência, maior transparência em sua utilização e maior controle pela sociedade.

A observação da realidade demonstra ser prejudicial, embora necessário, o ingresso de recursos tributários nos cofres públicos *sem uma destinação pré-estabelecida*. Tributos desta espécie (impostos) costumam perder-se no ralo estatal da corrupção e da burocracia.

Há, portanto, necessidade de se pensarem alternativas e possibilidades a permitir que os recursos tributários arrecadados, ou uma boa fatia deles, cumpram seu papel histórico de efetivamente suportar os gastos coletivos, mas de uma forma que:

1. não represente aumento de carga tributária;

9 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sistema Tributário Desfigurado. *Revista Jus Vigilantibus*, 2007. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/23101> >. Acesso em: 25 set 2012.

2. respeite a vontade do contribuinte na aplicação de recursos que, em última análise, são dele próprio;
3. elimine ou reduza a participação estatal na *aplicação* dos recursos arrecadados.

O direcionamento de recursos, pelos contribuintes, para determinadas atividades que deveriam ser patrocinadas pelo Estado não é novidade no direito nacional. Podemos citar como exemplo a Lei de Incentivo à Cultura (Lei nº 8.313/91), que assim dispõe:

Art. 18. Com o objetivo de incentivar as atividades culturais, a União facultará às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, como através de contribuições ao FNC, nos termos do art. 5º, inciso II, desta Lei, desde que os projetos atendam aos critérios estabelecidos no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.874, de 1999)

§ 1º Os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias efetivamente despendidas nos projetos elencados no § 3º, previamente aprovados pelo Ministério da Cultura, nos limites e nas condições estabelecidos na legislação do imposto de renda vigente, na forma de: (Incluído pela Lei nº 9.874, de 1999)

a) doações; e (Incluída pela Lei nº 9.874, de 1999)

b) patrocínios. (Incluída pela Lei nº 9.874, de 1999)

[...]

Como se observa, trata-se de um incentivo fiscal deferido àqueles que fomentam a cultura nacional. Contudo, uma análise mais detida do texto legal demonstra que, em verdade, os recursos destinados a projetos culturais não têm caráter tributário. Tratam-se de recursos próprios do contribuinte que, uma vez aplicados em projetos pré-estabelecidos, podem ser deduzidos no cálculo do imposto, que ocorrerá em momento posterior.

Acreditamos ser possível utilizar esta mesma lógica, de eleição pelos contribuintes de prioridades no gasto público, também na aplicação de recursos verdadeiramente tributários.

No instituto italiano da *opere di urbanizzazione a scomputo*, a dedução do valor devido ocorre em momento posterior à definição do *quantum debeat* a título de contribuição para construir. De forma diversa, no exemplo da Lei de Incentivo à Cultura, acima citada, quando o contribuinte realiza a destinação de valores a projetos culturais, ainda não está definido o valor dos seus tributos devidos.

O que estamos a propor, portanto, é a possibilidade de um contribuinte apurar um saldo a pagar de determinado tributo e, ao invés de recolher tal valor aos cofres públicos através de guias de recolhimento, aplicar diretamente o recurso em alguma atividade ou serviço público, como, por exemplo, a construção ou reforma de uma escola, aquisição de uma viatura policial, limpeza pública, etc.

Parece-nos claro que a participação do Estado nesta sistemática ora imaginada não poderia ser completamente excluída. No entanto, pensamos que a sua atuação deveria se limitar a funções como a seleção das atividades e serviços públicos a serem contemplados com os recursos, fiscalização do efetivo emprego dos recursos tributários, enfim, atividades de gerenciamento.

A proposta apresentada mostra-se operacionalmente viável nos dias atuais. Isso porque o processo de globalização proporcionou um acesso a tecnologias, sobretudo recursos de informática¹⁰, que propiciam uma reaproximação entre os financiadores do Estado (contribuintes) e os benefícios advindos destes recursos (serviços públicos). Vemos aqui a possibilidade, no campo orçamentário-fiscal, de exercício da democracia direta, em detrimento da democracia representativa.

Citem-se ainda, ao lado da informática, os recursos da biometria (já utilizados no âmbito da Justiça Eleitoral) como aliado nesta implementação de uma democracia direta fiscal, em que cada contribuinte pode ser confiavelmente identificado quando, por exemplo, for ingressar em sistema informatizado para a aplicação de seus recursos. Limita-se, com isso, a possibilidade de fraudes.

Ainda sob o enfoque do exercício da democracia de forma direta, o direito comparado também nos pode fornecer subsídios (e.g. a *Landsgemeind* Suíça¹¹), ao lado de experiências no direito pátrio, como a legislação do chamado orçamento participativo.

No mesmo sentido, os exemplos internacionais quanto à fiscalização popular dos gastos públicos nos pode ser útil na construção da proposta

10 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 153.

11 Ibidem.

de aplicação direta de recursos tributários pelos contribuintes. Convém citar, a este respeito, a experiência norte-americana:

Em contrapartida, contribuintes fiscalizam gastos públicos, apelando para o judiciário. Ilustra-se essa última assertiva com o caso *Flast vs. Cohen* julgado em 1968. Um grupo de contribuintes ajuizou ação com o objetivo de obter declaração de inconstitucionalidade em relação a gastos com escolas religiosas. Em primeiro degrau decidiu-se que os interessados careciam de direito de ação. A decisão foi revertida na Suprema Corte que consagrou o direito de contribuintes fiscalizarem gastos públicos, realizados com dinheiro recolhido por meio da tributação. [...] ¹²

Como se observa, a viabilidade prática e jurídica de um novo modelo tributário, nos moldes ora delimitados, pode ser enriquecida pela busca, no direito comparado, de experiências próximas. Neste diapasão é que se apresenta como inspiração jurídica a *opere di urbanizzazione a scomputo*.

Decerto a legislação de outros países, mormente daqueles tidos por liberais, na acepção de possuírem uma reduzida interferência governamental (Estados Unidos, Chile, Inglaterra), podem oferecer outros exemplos práticos do modelo tributário que ora propomos. A importância do instituto italiano, contudo, repousa na proximidade entre nossos sistemas jurídicos, decorrência de origens remotas comuns.

4 CONCLUSÃO

A *opere di urbanizzazione a scomputo* italiana nos inspira ao desenvolvimento de técnicas e normas jurídicas que possibilitem, no Brasil, um sistema tributário que contemple a possibilidade de aplicação direta de recursos tributários por parte do contribuinte.

A maior proximidade entre o contribuinte e os benefícios (obras e serviços públicos) que seus tributos buscam financiar é exigência contemporânea da maior urgência.

Os avanços tecnológicos possibilitam o exercício da democracia direta, sob o enfoque orçamentário-fiscal, representada pela eleição direta por parte do contribuintes das prioridades nos gastos públicos. Caberia ao Estado o papel secundário de eleição de prioridades, o gerenciamento e fiscalização do efetivo emprego dos recursos tributários.

¹² GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Procedimento Administrativo Fiscal Federal nos Estados Unidos*. Disponível em: < <http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos.html> >; Acesso em: 24 set 2012

A proposta aqui enunciada elimina intermediários no percurso do orçamento público, reduzido as perdas por entraves burocráticos e pela corrupção.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BURNHAM, William. *Introduction to the Law and legal system of the United States*. 4. ed. St. Paul, MN, West Group, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DECRETO DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA 6 GIUGNO 2001, N.380. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34477#titolo2>>; Acesso em: 30 set 2012.

DECRETO LEGISLATIVO n. 163/2006. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/home>>; Acesso em: 28 set 2012.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Procedimento Administrativo Fiscal Federal nos Estados Unidos*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/artigos.html>>; Acesso em: 24 set 2012.

Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário - IBPT. *Estudo sobre Carga Tributária/ PIB x IDH - Cálculo do IRBES*. Disponível em: <http://ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=14191&pagina=0>; Acesso em: 30 set 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sistema Tributário Desfigurado. *Revista Jus Vigilantibus*, 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/23101>>. Acesso em: 25 set 2012.

REINHART, Susan M. *Strategies for Legal Case Reading & Vocabulary Development*. Michigan: EAPP, 2010.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E L'AVVOCATURA DELLO STATO: COMPARATIVO BRASIL X ITÁLIA

*THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE AND L'AVVOCATURA DELLO
STATO: COMPARATIVE BRAZIL VS. ITALY*

Vládia Pompeu Silva
Procuradora da Fazenda Nacional
em exercício da Corregedoria-Geral da Advocacia da União
Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB
Pós-Graduada em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Advocacia de Estado da Itália - L'AVVOCATURA DELLO STATO; 1.1 Origem e Evolução; 1.2 As Atribuições; 1.3 A Estrutura; 2 A Advocacia-Geral da União no Brasil; 2.1 Origem e Evolução; 2.2 As atribuições; 2.3 A Estrutura; Referências.

RESUMO: Muitos doutrinadores ressaltam a forte influência que a Advocacia do Estado da Itália exerceu sobre a criação, definição de atribuições e estrutura da Advocacia-Geral da União brasileira. Mais de cem anos separam o nascimento das instituições que, entretanto, possuem diversas semelhanças que serão retratadas neste ensaio. A partir de uma análise mais específica da *Avvocatura dello Stato*, passamos a verificar que, além de possuir exclusividade para a prestação de consultoria e patrocínio da Administração Pública, com a grande vantagem de viabilizar a uniformidade no processamento das causas de interesse do Estado Italiano, este órgão é responsável pelo assessoramento jurídico e defesa (judicial e administrativa) do Estado Italiano em todas as searas, inclusive criminal, internacional e arbitragem. Percebe-se aqui um foco de atuação muito mais amplo que o exercido pela Advocacia-Geral da União no Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: Órgão. Advocacia. Distinção. Brasil. Itália.

ABSTRACT: Many scholars emphasize the strong influence that the Law of the State of Italy had on the creation, definition of the structure and the Attorney-General of the Brazilian. Over a hundred years separate the birth of institutions, however, have several similarities that are portrayed in this essay. From a more specific analysis of *Avvocatura dello Stato*, we now see that, in addition to having exclusivity for the provision of consultancy and sponsorship of public administration, with the great advantage of enabling uniformity in processing of causes of interest of the Italian State this body is responsible for legal advice and defense (judicial and administrative) of the Italian State in all fields, including criminal, and international arbitration. It is noticed here a business focus much broader than that exercised by the Attorney General's Office in Brazil.

KEYWORDS: Organ. Advocacy. Distinction. Brazil. Italy.

INTRODUÇÃO

Muitos doutrinadores ressaltam a forte influência que a Advocacia do Estado da Itália exerceu sobre a criação, definição de atribuições e estrutura da Advocacia-Geral da União brasileira.

Diante deste fato, proceder-se-á a uma análise mais próxima de ambas as instituições com o objetivo de verificarmos a real semelhança existente entre elas.

No Capítulo 1 é tratada a *Avvocatura dello Stato*, abordando os seguintes aspectos: sua origem e evolução, atribuições e, por fim, a estrutura sob a qual este órgão encontra-se submetido.

Seguindo a mesma linha, a Advocacia-Geral da União no Brasil será detalhada no capítulo 2 onde serão os mesmos aspectos que utilizamos no que se refere à sua instituição irmã na Itália.

Ainda, no Capítulo 2 serão feitas breves remissões sobre as similitudes e distinções que verificar-se-ão entre a *Avvocatura dello Stato* e Advocacia-Geral da União.

1 A ADVOCACIA DE ESTADO DA ITÁLIA - L'AVVOCATURA DELLO STATO

1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

A Advocacia do Estado Italiano nasceu em 1876 tendo sido denominada de *Avvocatura Erariale*. Suas atribuições restringiam-se à consultoria e ao patrocínio da Administração Pública, com a grande vantagem de viabilizar a uniformidade no processamento das causas de interesse do Estado Italiano.

Antes do seu surgimento, a defesa judicial estatal não seguia a mesma linha de atuação, uma vez que cabia a cada província italiana definir sua estrutura. Essa característica gerava certa insegurança no acompanhamento processual das causas de interesse do Governo Italiano.

Segundo Scoca¹ e Belli² a defesa do Estado italiano assumia três possíveis estruturas:

- a) Defesa atribuída às procuradorias estatais (sistema austríaco): utilizada em Modena e Piemonte, p. ex.;

1 SCOCA, Salvatore. *Avvocature dello stato*. In AZARA, Antonio: EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 4. ed. Torino: Unique Tipografico Editrice Torinese, 1968. p. 1.686

2 BELLI, Giuseppe. *Avvocature dello Stato*. In: CALASSO, Francesco (org.). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: A. Giuffrè, 1959. p. 672-673.

- b) Agências de contencioso que eram responsáveis pela defesa judicial do Estado e, poderiam, inclusive, delegar a função a advogados privados. Esta sistemática era utilizada em Parma e Nápoli; e,
- c) Existência de uma estrutura própria para o exercício da função de consultoria e assessoramento do Estado Italiano. No caso da Toscana, esta estrutura era denominada Advocacia Régia (*Avvocatura Regia*).

A *Avvocatura Erariale* teve o grande mérito de criar um feixe de princípios e regras básicos que deviam nortear a defesa judicial do Estado Italiano, porém sua nomenclatura ainda restringia a atuação dos advogados somente às causas de cunho patrimonial.

Ocorre que, com o passar do tempo, esta restrição não refletia mais a realidade daquela Instituição.

Em 1930, através do Régio Decreto de 20 de novembro, houve a modificação da citada nomenclatura em busca de sanar este defeito. A partir de então a instituição passou a ser chamada de *Avvocatura dello Stato* ou Advocacia do Estado.

Entretanto, somente com o Decreto nº 1.611, de 3 de janeiro de 1933, a Advocacia do Estado Italiano assumiu a forma que possui nos dias atuais, cuja descrição encontra-se expressa no artigo 1º do citado diploma legal:

La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo, spettano alla Avvocatura dello Stato. Gli avvocati dello Stato, esercitano le loro funzioni innanzi a tutte le giurisdizioni ed in qualunque sede e non hanno bisogno di mandato, neppure nei casi nei quali le norme ordinarie richiedono il mandato speciale, bastando che consti della loro qualità.

Ressalte-se, por fim, que não há previsão constitucional sobre *Avvocature dello Stato Italiana*.

Sua definição está restrita a algumas diplomas infra legais, sendo os mais importantes o já citado Decreto nº 1.611, de 3 de janeiro de 1933 e a Lei nº 103, de 3 de abril de 1979.

1.2 AS ATRIBUIÇÕES

A Advocacia do Estado na Itália é o órgão jurídico a que são atribuídas as tarefas de assessoramento jurídico e defesa (judicial

e administrativa) do Estado Italiano em todos as searas, inclusive criminal, internacional e arbitragem.

Nesse sentido, Rommel Macedo³:

Advocacia do Estado (*Avvocatura dello Stato*) na Itália é uma instituição que possui uma dupla competência: de um lado, desenvolve uma atuação contenciosa, representando e defendendo os interesses patrimoniais e não patrimoniais do Estado; e, de outro, uma atividade consultiva, desempenhando a consultoria legal da Administração, sem qualquer relação com as matérias apreciadas. Tais atribuições da Advocacia do Estado são, em regra, exercidas com exclusividade, albergando a consultoria, a representação e a defesa em juízo da Administração em todas as suas articulações, mesmo quando dotadas de ordenamento autônomo e, de modo geral, de regulamento, ou de decretos específicos do Presidente do Conselho de Ministros.

[...]

Em suma, pode-se afirmar que o modelo de Advocacia do Estado adotado na Itália, após a unificação, deu-se a partir de uma concepção do Estado em sua unidade, de modo que a um único órgão deve caber a representação estatal em juízo, bem como as atividades consultivas, com unidade de critério e de responsabilidade. Tal modelo oferece algumas vantagens: consideração unitária dos interesses do Estado, que podem transcender o êxito de cada causa; unidade de endereço na atividade defensiva; visão global das questões administrativas; integração constante entre atividades de natureza consultiva e contenciosa; e notável redução dos custos de assistência legal.

Os advogados estatais assistem, aconselham e defendem, judicial e administrativamente, todos os órgãos que compõem a Administração Pública Italiana, incluindo os órgãos constitucionais e autoridades administrativas independentes, desde que estes órgãos estejam exercendo função administrativa.

A Advocacia do Estado não é um órgão que representa apenas um dentre os Poderes estatais, mas sim o Estado concebido em sua unidade.⁴

³ MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 64=65.

⁴ *Ibid.*, p. 69.

O exercício concomitante das funções contenciosa e consultiva é traço marcante da *Avvocatura dello Stato* e marco que a diferencia de outras instituições semelhantes.

Segundo alguns estudiosos, esta diferença traz algumas inegáveis vantagens: visão unificada dos interesses estatais, unidade de direcionamento da defesa, visão geral dos problemas da função administrativa, constante integração entre os advogados que atuam no contencioso e consultivo e redução significativa dos custos com assistência jurídica.

A função consultiva possui seus delineamentos expostos no artigo 13 do Decreto nº 1.611, de 3 de janeiro de 1933:

Art. 13 - L'Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi: esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predispone transazioni d'accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni: prepara contratti o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mosse amministrativamente che possano dar materia di litigio.

O consultivo apresenta-se, portanto, como uma espécie de assistência técnica adicional nos casos em que há representação legal e/ou necessidade de defesa processual do Governo Italiano, incluindo todas as ações e iniciativas que não induzem litigiosidade e estão relacionadas à proteção jurídica em sentido estrito.

Trata-se de uma sistemática de cooperação com as instituições públicas visando à solução de questões técnicas legais e que envolvem a interpretação de textos legais e, ainda, facilitar a adequação operacional dos órgãos a que presta assessoramento.

Essa função é exercida, geralmente, por meio da emissão de pareceres que, entretanto, não são de adoção obrigatória pelas instituições assessoradas.

Convém ressaltar, entretanto que, uma vez acatados os pareceres vinculam-se à fundamentação e conclusão neles exposta pela Advocacia de Estado e sua não adoção deve ser expressamente motivada.

Em sua atuação contenciosa, a Advocacia do Estado Italiano representa e defende os órgãos constitucionais, judiciários e as Administrações do Estado de forma exclusiva e obrigatória.⁵

⁵ MACEDO, op. cit., p. 66.

Segundo o artigo 44, do Decreto nº 1.611, de 3 de janeiro de 1933, existe, ademais, a possibilidade de a Advocacia do Estado assumir a representação e defesa dos agentes públicos em processos civis ou penais:

Art. 44 - L'Avvocatura dello Stato assume la rappresentanza e la difesa degli impiegati e agenti delle Amministrazioni dello Stato o delle amministrazioni o degli enti di cui all'art. 43 nei giudizi civili e penali che li interessano per fatti e cause di servizio, qualora le amministrazioni o gli enti ne facciano richiesta, e l'Avvocato generale dello Stato ne riconosca la opportunità.

Segundo Rommel Macedo⁶ essa representação se dá por duas razões: impedir que a condenação judicial de tais agentes venha a prejudicar a defesa do Estado e para dar aos referidos agentes a segurança necessária para o exercício de suas atribuições.

Os advogados que compõem a estrutura da *L'Avvocatura dello Stato* exercem as seguintes atividades⁷: *Giudizi amministrativi*, *Giudizi civili*, *Giudizi davanti alla Corte Costituzionale*, *Giudizi davanti alla Corte dei Conti*, *Giudizi davanti alle Commissioni Tributarie*, *Giudizi davanti alle corti internazionali* e *Giudizi penali*.

Nas questões administrativas (*Giudizi amministrativi*) o Estado Italiano é representado e defendido perante a justiça administrativa.

A atuação é realizada perante o Conselho de Estado e os Tribunais Regionais Administrativos, com base na região do Lazio. Ressaltamos, entretanto, que perante os tribunais regionais a atuação é dirigida pelos advogados que se encontram lotados no respectivo *Avvocature Distrettuali*.⁸

Em sua atuação, os advogados públicos não necessitam de mandato, mesmo nos casos em que a legislação ordinária exija mandato especial. Nesse sentido, o já citado artigo 1º do Decreto nº 1.611, de 3 de janeiro de 1933. Estes agentes públicos exercem suas funções perante quaisquer jurisdições sem limitação territorial.

Questão interessante encontra-se expressa no artigo 5º do referido decreto:

6 MACEDO, op. cit. p. 66.

7 < <http://www.avvocaturastato.it/node/78>>. Acesso em: 24 set. 2012.

8 Trataremos da estrutura da Advocacia de Estado Italiana mais adiante.

Art. 5 - Nessuna Amministrazione dello Stato può richiedere la assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'Avvocato generale dello Stato e secondo norme che saranno stabilite dal Consiglio dei ministri. L'incarico nei singoli casi dovrà essere conferito con decreto del Capo del Governo di concerto col Ministro dal quale dipende l'Amministrazione interessata e col Ministro delle finanze.

Verifica-se no aludido dispositivo a autorização para a atuação, ainda que em caráter excepcionalíssimo, de advogados privados em causas cuja atribuição é da Advocacia de Estado, o que se dará segundo regras a serem estabelecidas pelo Conselho de Ministros.

Em sua atuação contenciosa perante os Tribunais Constitucionais, cabe a Advocacia do Estado Italiana analisar principalmente: a) a constitucionalidade de leis ou atos normativas com força de lei, b) os conflitos de competência entre os poderes do Estado e entre o Estado e suas regiões e, ainda, c) a admissibilidade dos referendos.

A representação perante do Tribunal Constitucional do Estado pertence ao advogado-Geral ou ao seu substituto legal.

Nos processos perante o Tribunal de Contas (*Giudizi davanti alla Corte dei Conti*), a Advocacia de Estado atuam nas questões vinculadas a matérias de pensões. No entanto, o art. 13, parágrafo 3º, da Lei nº 103, de 3 de abril de 1979 permite a delegação desta função a funcionários administrativos da respectiva instituição administrativa:

Art. 13 - Nei procedimenti di cui all'art. 101 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, le amministrazioni dello Stato, le regioni e gli enti difesi a norma dell'art. 43 del testo unico approvato con regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, sono rappresentati dinanzi ai giudici delegati da propri funzionari, che siano per tali riconosciuti, salvo che non debba procedersi alla istruzione della causa.

Nei procedimenti di cui agli articoli 2016 e seguenti del codice civile, le amministrazioni indicate nel comma precedente sono rappresentate da propri funzionari che siano per tali riconosciuti, salvo il caso di opposizione da parte del detentore.

Nei giudizi in materia di pensioni le amministrazioni statali, comprese quelle ad ordinamento autonomo, nei casi in cui non ritengano di avvalersi del

patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, possono delegare un proprio funzionario a sostenere, anche oralmente, nel corso del giudizio, la loro posizione.

Nessun compenso particularé può essere corrisposto ai funzionari che abbiano svolto le attività di cui ai precedenti commi. (grifos nossos).

À Advocacia de Estado também é confiada a função de representação e defesa do Estado Italiano nos processos perante as Cortes Internacionais e Comunitárias. Esta atuação se dá, principalmente, nos órgãos da União Europeia.

Por fim, a Advocacia de Estado Italiana participa do processo penal, defendendo os interesses do Estado quando esta for citada na condição de responsável civil por danos causados por agentes públicos.

1.3 A ESTRUTURA

Parte integrante do Poder Executivo, a Advocacia de Estado Italiana é subordinada à Presidência do Conselho de Ministros.

Nesse momento, merece trazermos à baila o breve resumo de Rommel Macedo (2008, p. 63 e 64) acerca da estrutura de governo em vigor na Itália, para melhor entendermos a instituição que ora nos propomos a analisar:

[...] hodiernamente a Itália é um Estado unitário, mas descentralizado e com autônima regional, conforme dispõem os arts. 5º e 114 a 133 da vigente Constituição. Nesse país, adota-se um sistema de governo parlamentar, incumbindo a chefia do Estado ao Presidente da República e a chefia de governo ao Presidente do Conselho dos Ministros. Na Constituição italiana em vigor, RUFFIA (1984, p. 161) divisa a existência de três tradicionais poderes:

a) o Legislativo, composto pela Câmara e pelo Senado;

b) o Executivo, formado pelo Governo – este é exercido pelo Conselho dos Ministros e chefiado pelo Presidente deste Conselho, devendo manter a permanente confiança do Parlamento (RUFFIA, 1984, p. 408) – e pelos órgãos auxiliares e dependentes;

c) o Judiciário, composto pela Magistratura – a qual é formada pelo Conselho Superior da Magistratura.

Ademais, num certo sentido fora da clássica tripartição dos poderes, encontram-se o Presidente da República e o Tribunal Constitucional (RUFFIA, 1984, p. 453). Isto se comprova pela própria maneira como tais órgãos são tratados no bojo da Constituição Italiana. Nesse sentido, cumpre observar que:

- a) O Presidente da República, considerado expressão do Estado em sua unidade, é tratado no título II da parte II da Constituição, enquanto o Governo da República é contemplado no título III da referida parte;
- b) O Tribunal Constitucional, ao qual compete uma função de natureza político-jurídica (RUFFIA, 1984, p. 447), está previsto no título IV da parte II, concernente às garantias constitucionais, em posição diferenciada da Magistratura, que vem tratado no 'título IV da mencionada parte."

A instituição é organizada numa estrutura central que se localiza em Roma e vinte e cinco articulações periféricas, denominadas *Avvocature Distrettuali* que estão localizadas em cada capital regional e nas localidades que sejam sede de Cortes de Apelação.

É parte integrante, ainda, o *Comitato Consultivo*:

L'Avvocatura dello Stato è costituita dall'Avvocatura generale e dalle avvocature distrettuali. L'Avvocatura generale ha sede in Roma.

Le avvocature distrettuali hanno sede in ciascun capoluogo di regione e, comunque, dove siano istituite sedi di corte d'appello.

Nella circoscrizione della corte di appello di Roma le attribuzioni dell'avvocatura distrettuale sono esercitate dall'Avvocatura generale dello Stato. Nella circoscrizione della corte di appello di Torino l'avvocatura distrettuale di Torino ha competenza anche per la Valle d'Aosta.

A *Avvocatura Generale* é responsável pela coordenação e direção superior da instituição. Suas principais atribuições encontram-se definidas no artigo 16 da Lei nº 103, de 3 de abril de 1979:

Art. 9 - L'Avvocatura generale dello Stato provvede alla rappresentanza e difesa delle amministrazioni nei giudizi davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di cassazione, al Tribunale superiore delle acque pubbliche, alle altre supreme giurisdizioni, anche amministrative, ed ai collegi arbitrali con sede in Roma, nonchè nei procedimenti innanzi a collegi internazionali o comunitari. Le avvocature distrettuali provvedono alla rappresentanza e difesa in giudizio delle amministrazioni nelle rispettive circoscrizioni. Gli avvocati ed i procuratori dello Stato possono essere incaricati della rappresentanza e difesa delle amministrazioni in cause che si svolgono fuori della circoscrizione del loro ufficio, su proposta dell'avvocato distrettuale e previo parere del comitato consultivo. Salva la facoltà dell'Avvocatura generale dello Stato di rendere consultazione sulle questioni di massima in qualsiasi materia, l'avvocatura distrettuale dello Stato provvede alla consulenza nei riguardi di tutti gli uffici della propria circoscrizione.

Percebe-se que exerce atribuição exclusiva perante Tribunal Constitucional, o Tribunal de Cassação, o Supremo Tribunal de Águas Públicas e os demais tribunais supremos, incluindo os administrativos, com sede em Roma.

Caberá a *Avvocatura Distrettuali* assegurar a representação e defesa perante as administrações dos tribunais com sede na respectiva jurisdição.

Cada Advocacia Distrital tem como chefe o Advogado Distrital, que é nomeado e exonerado por decreto do Presidente do Conselho de Ministros, após proposta do Advogado-Geral, ouvido o Conselho de Advogados e Procuradores do Estado.

O *Comitato Consultivo* é composto pelo Advogado-Geral e seis advogados da carreira, nomeados pelo Conselho de Advogados. Sua função primordial é aconselhar o Advogado-Geral em questões relevantes, bem como na definição de diretrizes internas.

O artigo 26 da Lei nº 103, de 3 de abril de 1979, define outras funções a serem exercidas por este colegiado:

Art. 26 - Il comitato consultivo è sentito dall'avvocato generale quando si tratti di questioni di massima o di particolare rilevanza, nonchè in merito alle direttive interne di carattere generale per il coordinamento nella trattazione degli affari contenziosi e consultivi. Il comitato consultivo altresì:

dirime, sentiti gli interessati, le divergenze di opinione che insorgono nella trattazione degli affari contenziosi e consultivi fra avvocati, che esercitano funzioni direttive, ed avvocati, cui sono assegnati gli affari stessi;

stabilisce i criteri di massima per l'assegnazione degli affari contenziosi e consultivi agli avvocati ed ai procuratori dello Stato.

E' sempre facoltà dell'avvocato generale disporre che pareri richiesti all'Avvocatura generale siano resi dal comitato consultivo. Su richiesta dell'avvocato generale, quando siano necessarie particolari cognizioni tecniche, il comitato consultivo può essere integrato da funzionari dello Stato o di enti pubblici, che partecipano alla seduta senza diritto di voto. I pareri sono sottoscritti dal presidente del comitato consultivo e dal relatore.

São órgãos da instituição, ainda: *Segretario Generale, Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato, Consiglio d'Amministrazione*. Suas funções são meramente administrativas.

O Secretário-Geral da Advocacia do Estado Italiana auxilia o Advogado-Geral no exercício de suas funções, atuando como Chefe de Gabinete. Atualmente o cargo é ocupado pelo Advogado Francesco Sclafani⁹.

O *Consiglio degli Avvocati e Procuratori dello Stato* é órgão permanente que detém as atribuições de opinar sobre a distribuição de Procuradores de Estado e sobre a concessão de tais advogados, e, ainda:

Art. 19 - Gli avvocati e procuratori dello Stato:

trattano gli affari contenziosi e consultivi loro assegnati; in caso di divergenza di opinioni nella trattazione di detti affari con l'avvocato generale, con i vice avvocati generali o con l'avvocato distrettuale, possono chiedere, presentando relazione scritta, la pronuncia del comitato consultivo e, se questa è contraria al loro avviso, di essere sostituiti nella trattazione dell'affare per cui è sorta la divergenza di opinioni; possono essere sostituiti nella trattazione degli affari loro affidati in caso di assenza, impedimento o giustificata ragione; quando ricorrano gravi motivi possono essere sostituiti, con provvedimento

9 <http://www.avvocaturastato.it/>. Acesso em 26 de setembro de 2012.

motivato, dall'avvocato generale o dall'avvocato distrettuale dello Stato. Avverso tale provvedimento può essere proposto ricorso entro trenta giorni al consiglio degli avvocati e procuratori dello Stato. I procuratori dello Stato provvedono anche al servizio di procura per le cause trattate dagli avvocati e dagli altri procuratori dello Stato, secondo le disposizioni dei dirigenti degli uffici, cui sono addetti.

Importante função do Conselho de Advogados e Procuradores de Estado é o exercício do Conselho de Disciplina, em conformidade com o art. 24 da Lei nº 103, de 3 de abril de 1979.

O ORGANOGRAMA DA ADVOCACIA DE ESTADO ITALIANA¹⁰ É DEFINIDO DA SEGUINTE FORMA:

Avvocato Generale Avvocato Generale Aggiunto Vice Avvocati Generali Segretario Generale
C.A.P.S.
Co.Co.
Sezioni
I I bis II III IV V VI
VII
Avvocati e Procuratori Uffici Amministrativi R.S.I.

Neste momento, convém informar que L'Avvocatura dello Stato é composta por duas carreiras: Advogado de Estado e Procurador de

¹⁰ <<http://www.avvocaturastato.it/organigramma>>. Acesso em: 26 set. 2012.

Estado, conforme estabelece a Lei nº 103, de 3 de abril de 1979. Tais cargos são acessíveis por concurso público.

A Advocacia do Estado é chefiada pelo Advogado-Geral da União, cujo procedimento para sua nomeação encontra-se definido no artigo 30 do Decreto nº 1.611, de 3 de janeiro de 1933:

Art. 30 - La nomina dell'Avvocato generale dello Stato è fatta con decreto reale su proposta del Capo del Governo, previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

A escolha e nomeação do chefe da Advocacia-Geral a Itália é concretizada pelo Presidente da República e envolve uma série de listas previamente submetidas ao Conselho de Ministros, nos termos do art. 30 do Decreto nº 1611, de 1933:

La nomina dell'Avvocato generale dello Stato è fatta con decreto reale su proposta del Capo del Governo, previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

O atual advogado-Geral responsável pela Instituição é Francesco Ignazio Caramazza, cuja incumbência é de suma importância, uma vez que dele dependem a direção, coordenação e unidade da instituição. Ele é assessorado por nove advogados que estão na última categoria.

O Advogado-Geral é auxiliado, no exercício de suas funções, por nove Advogados do Estado de última classe, com cargo de Vice-Advogado-Geral do Estado (vice Avvocato Generale dello Stato), segundo dispõe o art. 16 da Lei de 3 de abril de 1979, n. 103. O Vice-Advogado-Geral é nomeado e exonerado por decreto do Presidente do Conselho de Ministros após deliberação do Conselho, por proposta motivada do Advogado-Geral do Estado, após ter ouvido o Conselho de Advogados e Procuradores do Estado.¹¹

Administrativamente, cabe ao chefe da Advocacia de Estado a direção sobre toda a equipe daquela instituição, notadamente, monitorar o desempenho de serviço, supervisionar o funcionamento do contencioso e da consultoria por meio da emissão de instruções gerais e diretrizes especiais, resolver conflitos entre a *Avvocatura Generale* e a *Avvocatura Distrettuali*.

¹¹ Macedo, op. cit. p.70.

2 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NO BRASIL

A estrutura e organização da Advocacia-Geral da União (AGU) encontram grandes semelhanças com a Advocacia de Estado Italiana.

Segundo Rommel Macedo (2008, p. 61) a Advocacia de Estado na Itália exerceu grande influência sobre a criação da Advocacia-Geral da União. O que se deve ao fato, principalmente, de sua forte densidade histórica, oriunda de um processo evolutivo que gerou a criação de uma instituição única com atribuições de assessoramento e consultoria jurídicos da Administração Pública Italiana.

Nos termos do art. 131 da Constituição Federal, a AGU é instituição responsável pela representação da União, judicial e extrajudicial. Exerce, portanto, as atividades consultiva e contenciosa, nos mesmos moldes da Advocacia de Estado Italiana.

Essa disposição constitucional apresenta-se como a primeira distinção visível entre a Advocacia do Estado na Itália e no Brasil.

A AGU encontra-se prevista constitucionalmente, tendo sua organização e funcionamento detalhados pela Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Na Constituição Italiana não há qualquer previsão acerca da instituição.

Ambas as instituições tiveram a mesma motivação para sua criação, qual seja, a ideia de unificação da defesa judicial e representação do Poder Executivo em um único órgão.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO

Antes da Constituição de 1988 a representação judicial da União encontrava-se sob a responsabilidade do Ministério Público e a atividade de assessoramento do Poder Executivo era confiada à Advocacia Consultiva da União¹² que era composta pelos seguintes órgãos:

Art. 3º. A Advocacia Consultiva da União compreende:
I - a Consultoria Geral da República;

II - a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Ministério da Fazenda;

¹² Decreto nº 93.237, de 8 de setembro de 1986.

III - as Consultorias Jurídicas dos demais Ministérios, do Estado Maior das Forças Armadas, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;

IV - as Procuradorias-Gerais ou os departamentos jurídicos das autarquias;

V - os órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União¹³.

A Constituição Federal de 1988 incluiu a Advocacia-Geral da União em capítulo próprio intitulado de “Funções Essenciais à Justiça”.

Na prática essa definição colocou esta instituição fora da tripartição dos poderes, o que a autoriza a atender, com independência, aos três Poderes. Ressalte-se, porém, que a prestação do serviço de assessoria jurídica pela AGU limita-se ao Poder Executivo.

Outra distinção clara em face da Advocacia de Estado Italiana, uma vez que, como dissemos anteriormente, nesta instituição estrangeira os advogados assistem, aconselham e defendem, judicial e administrativamente, todos os órgãos que compõem a Administração Pública Italiana, incluindo os órgãos constitucionais e autoridades administrativas independentes, desde que estes órgãos estejam exercendo função administrativa.

Por outro lado, parece-nos claro que a AGU, assim como a *Avvocatura dello Stato*, nasceu com o objetivo de organizar a representação judicial e extrajudicial da União, bem como as atividades de assessoria e consultoria do Poder Executivo em um único órgão.

Somente com o advento da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, a representação judicial e o assessoramento da União passaram a ser efetivamente realizados pela Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados, uma vez que até então a instituição carecia de norma definidora de seus elementos básicos.

Posteriormente vieram diversos Atos Regimentais com a missão de tornar mais detalhada a atribuição de cada órgão que compõe a Advocacia-Geral da União.

¹³ Decreto nº 93.237, de 8 de setembro de 1986.

2.2 AS ATRIBUIÇÕES¹⁴

A atuação consultiva da Advocacia-Geral da União se concretiza através do assessoramento e orientação dos dirigentes do Poder Executivo Federal, de suas autarquias e fundações públicas, para dar segurança jurídica aos atos administrativos que serão por elas praticados.

Por outro lado, a atuação contenciosa é efetivada por meio da representação judicial e extrajudicial da União, além de suas autarquias e fundações públicas.

Além de tais atribuições, a AGU desenvolve atividades de conciliação e arbitragem, cujo objetivo é o de resolver administrativamente os litígios entre os diversos órgãos da União.

Tal procedimento poderá ser instaurado antes ou depois que o litígio já houver sido ajuizado perante o Poder Judiciário. Essa atribuição encontra-se sob a responsabilidade da Câmara de Conciliação de Arbitragem.

São responsáveis pelo exercício de todas essas atividades, na sua respectiva área de atuação, os Advogados da União, os advogados integrantes do Quadro Suplementar, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Procuradores Federais.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão integrante da AGU, possui especificidade particular por encontrar-se administrativamente subordinada ao titular do Ministério da Fazenda.

Sua atribuição resume-se, em suma, na representação da União em matéria fiscal, incumbindo-lhe apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial, representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário e examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial.

À Procuradoria-Geral da União, subordinada direta e imediatamente ao Advogado-Geral da União, incumbe representá-la junto aos tribunais superiores nos termos e limites na Lei Complementar nº 73, de 1993.

Na qualidade de órgão vinculado, a Procuradoria-Geral Federal, criada pela Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, é responsável por representação judicial, extrajudicial, a consultoria e assessoramento jurídicos de 155 autarquias e fundações públicas federais, bem como a apuração da liquidez

¹⁴ <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=200643&ordenacao=1&id_site=10742>. Acesso em: 27 de set. 2012.

e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial¹⁵.

2.3 A ESTRUTURA

A AGU compreende, atualmente, os seguintes órgãos¹⁶:

Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende:

I - órgãos de direção superior:

- a) o Advogado-Geral da União;
- b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional;
- c) Consultoria-Geral da União;
- d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e
- e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União;

II - órgãos de execução:

- a) as Procuradorias Regionais da União e as da Fazenda Nacional e as Procuradorias da União e as da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal e as Procuradorias Seccionais destas;
- b) a Consultoria da União, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas;

III - órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União: o Gabinete do Advogado-Geral da União;

Cabe ao Advogado-Geral da União a chefia da intuição. Seu cargo é de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Já para os demais membros da carreira o cargo

¹⁵ <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=160682&id_site=1106&aberto=&fechado=>>

¹⁶ Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

de Advogado da União é alcançável por meio de concurso público de provas e títulos.

O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.

Sua função primordial é dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação, podendo representá-la junto a qualquer juízo ou Tribunal e, inclusive, avocar quaisquer matérias jurídicas de interesse desta, ainda que concernente a sua representação extrajudicial.

Cabe à Consultoria-Geral da União, principalmente, colaborar com o Advogado-Geral da União em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição. É composta pelo Consultor-Geral da União e pela Consultoria da União.

A função de fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União encontra-se sob a responsabilidade da Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

Por fim, o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União possui as seguintes atribuições¹⁷:

Art. 7º - O Conselho Superior da Advocacia-Geral da União tem as seguintes atribuições:

I - propor, organizar e dirigir os concursos de ingresso nas Carreiras da Advocacia-Geral da União;

II - organizar as listas de promoção e de remoção, julgar reclamações e recursos contra a inclusão, exclusão e classificação em tais listas, e encaminhá-las ao Advogado-Geral da União;

III - decidir, com base no parecer previsto no art. 5º, inciso V desta Lei Complementar, sobre a confirmação no cargo ou exoneração dos Membros das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos à estágio confirmatório;

IV - editar o respectivo Regimento Interno.

¹⁷ Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Como podemos perceber e apesar de possuírem uma organização estrutural visivelmente distinta, a Advocacia-Geral da União e a *Avvocatura dello Stato* possuem inúmeras semelhanças em sua forma de atuação.

REFERÊNCIAS

BELLI, Giuseppe. Avvocature dello Stato. In: CALASSO, Francesco (org.). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: A. Giuffrè, 1959.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

SCOCA, Salvatore. Avvocature dello stato. In AZARA, Antonio: EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 4. ed. Torino: Unique Tipografico Editrice Torinese, 1968.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares